

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

MAESTRÍA EN DERECHO

**FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

“La razonabilidad como eje de aplicación del garantismo judicial: el caso del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”

T E S I S
**QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRÍA EN DERECHO**

P R E S E N T A:
MARCO ANTONIO SANDOVAL LÓPEZ

TUTOR DE TESIS:
DR. JOEL CARRANCO ZÚÑIGA

**FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

MÉXICO, D.F. MARZO DE 2014



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
--------------------------	----------

I. CAPÍTULO PRIMERO. El proceso jurisdiccional.

1.1 La actividad del poder judicial.....	9
1.2 Naturaleza jurídica del proceso.....	16
1.3 Proceso como función privatista.....	29
1.4 Proceso como función pública.....	33
1.5 La verdad jurídica.....	37
1.6 Argumentación jurídica.....	45

II. CAPÍTULO SEGUNDO. El garantismo.

2.1. Garantismo. Origen y elementos.....	55
2.2 Garantismo judicial.....	63
2.3 Críticas al modelo garantista.....	70

III. CAPITULO TERCERO. Convencionalidad y garantismo judicial en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

3.1. La reforma de 10 de junio de 2011 al artículo 1º constitucional: principio de convencionalidad.....	85
3.2 Panorama del garantismo judicial en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.....	100

3.3. El lenguaje de las sentencias: ¿forma parte del esquema garantista?.....	112
--	-----

IV. CAPÍTULO CUARTO. *Análisis práctico de algunas determinaciones en materia electoral.*

4.1. Sentencia SUP-JDC-1136/2010.....	122
4.2. Sentencia SUP-JDC-229/2012.....	129
4.3. Sentencia SDF-JRC-30/2012.....	139

V. CAPITULO QUINTO. *Una propuesta de uso del garantismo judicial.*

5.1 Distinción entre garantismo y suplencia.....	148
5.2 Lineamientos que permitan identificar la idoneidad de la aplicación garantista: la necesidad de la razonabilidad.....	153

CONCLUSIONES.....	179
--------------------------	------------

FUENTES DE CONSULTA.....	190
---------------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

*La mente de un hombre una vez ampliada por una idea nueva,
nunca recupera su dimensión original.*
Oliver Wendell Holmes, Jr.

El Derecho, sin duda alguna, es el fenómeno social por excelencia. Es el producto humano más cuestionable, y aunque podría ser exagerado señalar que ha sido el más estudiado desde sus orígenes, no es arriesgado afirmar que su evolución, análisis y práctica en todo contexto histórico ha generado (y aún genera) complicados e inclusive –al parecer– interminables debates.

No es objetivo de esta investigación describir cuestiones epistemológicas, o tratar de describir los elementos distintivos del derecho mismo o la ciencia que lo tiene por objeto. Sin embargo, sirvan estas líneas introductorias como una pequeña semblanza de la naturaleza del sistema jurídico, y si se permite, justificar de algún modo las razones por las cuales tratar estos temas no es tarea sencilla. El porqué, como ya se dijo, los debates en torno a ese fenómeno social continúan inacabados.

Cabe resaltar que no se desdeña el método y esencia de otras ciencias sociales, o bien, aún más diferentes, de las ciencias naturales. Pero es oportuno señalar que el Derecho presenta características específicas que lo convierten en un objeto único, que no puede ser equiparado sin ser gravemente deformado y por ende, alterando su esencia.

En torno a estas ideas planteadas, mucho se ha discutido si es posible crear conocimiento científico a partir del Derecho. Si es posible aplicar a ese objeto social el método científico (con menor rigorismo, se reconoce) para recibir algún tratamiento análogo a la sociología o economía, ciencias culturales que a

través del devenir histórico han tenido mayor prestigio y reconocimiento científico que el Derecho.

En efecto, aún el conocimiento científico que se jacta de precisión y veracidad, entre otras características, adolece de temporalidad; es decir, el conocimiento que hoy se crea sólo es vigente de manera transitoria, ya que ulteriores investigaciones tienden a desvirtuar lo que hoy se tiene por conocimiento científico.

Ese aspecto de relativa inestabilidad del conocimiento científico, sin duda, se ve acrecentado en el fenómeno jurídico. No resulta deseable detenerse a explorar las vertientes que consideran, desde un enfoque eminentemente epistemológico, la incapacidad de obtener conocimiento científico del derecho dada su constante mutabilidad, como en su momento lo afirmó el jurista alemán Von Kirchmann, para quien el Derecho de ninguna forma puede originar ciencia¹.

Pese a lo anterior, es convicción del autor de estas líneas que puede realizarse labor científica del sistema jurídico, pues en su concepto el Derecho como sistema de principios y reglas coactivas que regula la conducta humana cuya teleología es el bien común, se transforma en cuanto a su contenido, pero no por cuanto hace a su naturaleza.

En otras palabras, el Derecho se transforma a fin de procurar adecuarse a los intereses y moral de la sociedad a la que pretende regular, sin que ello signifique una transformación en sus fines o carácter coactivo, siendo éste elemento indispensable e indiscutible del fenómeno jurídico.

¹Cfr. VON KIRCHMANN, J.V. *La jurisprudencia no es ciencia*. 3ª edición, trad. y escrito preliminar de A. Truyol y Serra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 29

Asimismo, aun cuando resulte complicado tocar el tema dada la dificultad que encierra el mismo, no debe perderse de vista que el objetivo del sistema jurídico debe ser el elevado valor de la justicia y el bien común: la concepción hobbesiana de la autora Ikram Antaki al señalar “*el derecho es el reconocimiento del fracaso del paraíso*” debe ser objeto de profunda reflexión, al enaltecer este elemento dentro del fenómeno jurídico. El Derecho, pues, debe ser justo, aun cuando ello conlleve otro difícil debate inherente².

Dentro de los múltiples esfuerzos contemporáneos por alcanzar y perfeccionar los ideales de la justicia, cuya definición dada por el jurisconsulto romano Ulpiano (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*) permanece vigorosa, fecunda y útil hasta nuestros días, se encuentra la corriente del garantismo judicial, objeto principal de estudio en este trabajo.

Como otras nociones jurídicas contemporáneas, el garantismo judicial tiene, en principio, la finalidad de procurar la plena vigencia del cúmulo de derechos que han sido reconocidos y elevados a la categoría de derechos humanos, entendidos de manera somera, como el mínimo de derechos que tienen por objeto asegurar una existencia digna al ser humano.

Sin embargo, pese a esa concepción ideal de enfoque jurídico, en la actualidad se corre el riesgo que el juzgador, enarbolando la bandera garantista, maximice su discrecionalidad llevándola incluso al límite de la arbitrariedad, y en aras de procurar satisfacer la pretensión del accionante, emita una determinación que vulnere los principios de juridicidad y certeza jurídicas.

Por ello, como se adelantó, en el presente trabajo no se prevé señalar bajo un

²Dos ejemplos que pueden dar muestra de ello son el paradigmático *Riggs v. Palmer* citado por la teoría dworkiniana como evidencia de la fuerza de los principios y la sentencia del tribunal constitucional de Alemania, relativa a los “guardianes del muro” donde la justicia material hace retroceder al derecho positivo.

rigorismo científico –pues de cualquier modo no resultaría posible– opciones que contravengan de manera directa a la noción garantista, sino que, por el contrario, se reconoce su utilidad pero bajo determinados alcances que no lesionen al sistema jurídico.

De ese modo, se considera que es posible establecer parámetros que permitan identificar en qué supuestos la noción garantista resulta útil e incluso necesaria, a fin de perfeccionar el sistema jurídico y pueda hablarse, con su debida reserva, de una determinación judicial *justa* que goce de legitimación y por ende pueda acercar el Derecho a la ciudadanía, fortaleciendo al Estado Democrático, o al menos, que pretenda serlo.

Para ello, a guisa de ejemplo, se describe el caso del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación: una institución aún joven, la cual se ha identificado con la corriente garantista, a veces con resultados impredecibles. A fin de intentar evidenciar las ideas que se expondrán, se analizan conjuntamente asuntos resueltos por ese órgano jurisdiccional, también con el objeto de clarificar las propuestas a desarrollar.

Finalmente, es deseable mencionar que los parámetros propuestos en el presente trabajo, bajo un tamiz de abstracción, han procurado ser también de utilidad en el terreno práctico (señalando algunos ejemplos para tal efecto) pues si bien la teoría suele aportar ideas y razonamientos, es la práctica la que al final determina si ese cúmulo teórico está cimentado sobre una base sólida, o únicamente se trató de teorías que están condenadas al olvido, reproduciendo al caso las palabras del juez estadounidense Oliver Wendell Holmes “*La vida del derecho no ha sido lógica. Ha sido experiencia*”.

I. CAPÍTULO PRIMERO. El proceso jurisdiccional.

Sentencia que no se ejecuta, es justicia que no se imparte.
Gonzalo Armienta Calderón

Si bien la actividad del poder judicial es compleja y comprende un cúmulo considerable de actividades y funciones, el mejor reflejo de esta división del poder público es la sentencia.

En este primer capítulo, a efecto de sentar las bases para las nociones consecuentes, se analizará al poder judicial como un organismo creador de sentencias, derivadas de un proceso, las cuales, como en su momento se detallará, tienen la imprescindible función de *decir el derecho* en un caso concreto, y en lo general, observar el mandato constitucional relativo a la impartición de justicia.

Asimismo, se realiza una reflexión en torno a las corrientes contemporáneas que pretenden describir la esencia del proceso: privatistas y publicistas, con el objeto de evidenciar la importancia que tiene la actividad jurisdiccional al incidir en el comportamiento de la sociedad, y la manera en que el Estado cumple con sus fines. De manera similar, también se reflexiona en torno a la naturaleza del proceso, con el objeto de hacer patente su singularidad respecto del resto de las demás instituciones jurídicas.

Finalmente, se considera un apartado relativo a la argumentación jurídica, la cual se considera, es la esencia o alma de la sentencia, como lo es la prueba al proceso, y la cual como se reflejará de manera recurrente en el resto del capitulado, incide constantemente, de forma positiva y negativa, en la actividad judicial.

1.1 La actividad del poder judicial

En este apartado, conforme a los lindes temáticos de la presente investigación, haremos los señalamientos pertinentes relativos al poder judicial, haciendo énfasis en la actividad creadora, la más representativa en nuestro parecer, de dictar sentencias, o visto desde un punto de vista deontológico, el deber de impartir justicia.

A fin de alcanzar ese objetivo, aunque el proceso es la herramienta fundamental, existen otros mecanismos que pueden mencionarse, administrados por el Estado, que también tienen por objeto resolver controversias.

Cabe hacer dos precisiones: primero, en sentido lato, respecto a la figura del proceso jurisdiccional también podría incluirse el esquema de arbitraje efectuado por algunas dependencias gubernamentales: no se soslaya el carácter voluntario del arbitraje, pues son las partes quienes deciden someterse a éste, sin embargo, dada su sustanciación una vez concertado el compromiso arbitral, se advierte una similitud con el proceso estatal.

Explicado lo anterior, resulta dable señalar que también el arbitraje público en cuestión es reflejo de la actividad jurisdiccional estatal, quedando también de relieve que si bien las autoridades que suelen tramitarlo no tienen un carácter judicial formal, esta actividad materialmente lo es³.

En ese contexto, es que tales procedimientos, de forma análoga al proceso jurisdiccional como se comentará de forma recurrente en el presente trabajo,

³Se hace alusión, por citar algunos, los procedimientos arbitrales que efectúan la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, la Comisión Nacional de Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros y la Procuraduría Federal del Consumidor.

también están en aptitud de aspirar a cristalizar el valor de la justicia, si bien por su tramitación tienen la posibilidad de encontrar soluciones al problema a través de otros métodos heterocompositivos, como lo son la mediación y la conciliación.

En suma, *decir el Derecho* es la función esencial del poder judicial, o de sus manifestaciones materiales a través de otros órganos estatales distintos de los formalmente jurisdiccionales.

Las características, en síntesis, de esta función en opinión del procesalista colombiano Hernando Devis Echandía, son las siguientes⁴:

- a) Permanente, puesto que la existencia de conflictos en la sociedad, Estado incluido no dejará de presentarse jamás⁵.
- b) General, debido a que todo titular de derecho está en posibilidad de necesitar la tutela del Estado.
- c) Exclusiva, porque es una función exclusiva del Estado, ejercida por éste como una emanación de la soberanía nacional.
- d) Definitiva, ya que una vez agotadas las secuelas procesales atinentes, los fallos deben quedar libres de toda revisión o discusión futura: deben tener fuerza obligatoria indefinida.

Por cuanto hace a la característica de exclusividad de la función judicial, puede mencionarse en contraposición la actividad que desarrollan no sólo los árbitros particulares, sino también las diversas instancias no gubernamentales que a

⁴Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad, 2ª edición, Buenos Aires, 1997, p. 89.

⁵Se considera que las controversias entre los hombres se han originado en virtud de la existencia de propiedad privada y por la imperiosa necesidad que tiene el hombre para sobrevivir y satisfacer sus necesidades e intereses, aun los más elementales, y cuando ante esta necesidad debe mostrarse egoísta ante sus congéneres, nacen conflictos; o en palabras de Francesco Carnelutti, "los intereses son ilimitados mientras que los bienes son limitados, porque los hombres son dos y el bien uno solo" (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II Editorial Uthea, 1944 p.412).

través de la implementación de métodos no adversariales pretenden dar solución a un conflicto.

En efecto, la Constitución Federal en su artículo 17⁶ establece el fundamento de los métodos alternativos de solución de controversias, sin realizar una distinción entre aquellos practicados por entes gubernamentales, como ya se ha mencionado, y los realizados por particulares.

Sin embargo, se estima que la actividad jurisdiccional en sentido estricto –por cuanto hace a su elemento coercitivo– permanece en manos del Estado, pues si bien la reforma constitucional de 2008 por la cual se incorporaron los referidos métodos alternativos puede sugerir la posibilidad que los particulares tengan facultades para resolver controversias, no se considera que pueda hablarse de administración de justicia, propiamente dicha.

Se establece lo anterior ya que, desde la denominación literal de estos métodos de *solución de controversias*, puede apreciarse que su objetivo es, precisamente, dar por terminado un conflicto, por lo que la forma en que es resuelto, mientras exista consenso entre las partes, no es relevante⁷.

La afirmación anterior no pretende excluir de manera absoluta la posibilidad que a través de tales mecanismos pueda alcanzarse una decisión *justa*. Sin embargo, se insiste, no es su finalidad inherente, a diferencia del proceso cuyo objeto debe ser, en el sentido más amplio, la protección de un Estado de Derecho, y con mayor sentido, el fortalecimiento de un sistema jurídico democrático, el cual se ve respaldado por el imperio estatal, de ser necesario, a fin que las determinaciones adoptadas se hagan cumplir mediante la fuerza,

⁶El párrafo 4 del citado numeral establece: “*Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial*”.

⁷*Infra* p. 29.

a diferencia de los métodos alternativos que, de ser el caso, requieren de otra vía para ser ejecutables, cuando en otros casos, lamentablemente, ante el incumplimiento de una de las partes, solo resta entablar la acción ante la autoridad judicial, con la pérdida de esfuerzo y tiempo que ello implica.

De cualquier manera, en el caso que los particulares asuman un carácter jurisdiccional, deben hacerlo con la responsabilidad que conlleva procurando materializar tanto los principios procesales como el valor de la justicia, de forma que, finalmente, los comentarios que se realizarán en torno al garantismo no van dirigidos exclusivamente a nuestros jueces sino a toda persona que actúe como un órgano jurisdiccional.

Hechas las reflexiones anteriores, se retoma el hilo del poder judicial estatal, dado que el acceso a la jurisdicción –dada a su importancia– es en la actualidad un derecho humano; ello se debe al cúmulo de elementos que lo integran: desde la conciencia de saber que unas reglas procesales justas benefician a toda la colectividad (porque *cualquiera* podría ser enjuiciado en algún momento) hasta la forma en que ese procedimiento da por resultado una determinación razonable. Es decir, se reconoce la importancia fundamental que la afectación a todo patrimonio debe estar precedida por una norma de Derecho que se perfeccione en el ámbito fáctico.

Como corolario de las ideas expuestas, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- a) El poder judicial es el encargado, esencialmente, de ejercer la *jurisdicción*: decir el derecho en una controversia determinada, como

garante de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo⁸.

- b) A través del proceso, el particular dirige su acción hacia el Estado y no hacia su semejante, de forma que con ello se pretende suprimir la autotutela y fortalecer el Estado de Derecho.
- c) La sentencia⁹, como forma individualizada de la ley, como interpretación de la misma, o bien, como creación novedosa a partir de los principios que deben regir en todo sistema jurídico, debe encontrarse legitimada: debe intentar encontrar una solución adecuada a cada caso que se presente.

El último inciso es el culpable, en buena medida, de la evolución de teoría y filosofía jurídica contemporánea, y la diversidad que pretende explicar la naturaleza, objeto y fines de la decisión judicial es vasta. A pesar de ello, todas convergen en procurar establecer elementos que ayuden al juzgador a tomar la mejor decisión. Desde luego, es ambicioso denominar *justa* a una decisión, pero no imposible. Esta idea debe poner de relieve la importancia de la que se encuentra revestida la sentencia, no sólo desde el ámbito jurídico, sino además, para la perspectiva social y filosófica ya que a través de dicha determinación no sólo se resuelve una controversia: se demuestra un acatamiento al Estado de Derecho, y una observancia a los principios jurídicos que una comunidad, en un tiempo y lugar ciertos, estima como *justos*.

Visto lo anterior, esta investigación se aparta del criterio adoptado por el autor Joel Carranco, al menos en principio, al señalar que “*el tema de justicia escapa*

⁸Se abarca la fórmula de *cognotio, iudicium e imperium* (conocer, decidir y ejecutar) señaladas por CARRANCO, Joel. *Poder Judicial*, segunda edición, Porrúa, México, 2005, p. 44: El poder de decidir los conflictos existentes en la sociedad interpretando para ello las leyes.

⁹De manera genérica, en el término sentencia también debemos considerar a toda resolución que ponga fin al proceso.

*a lo estrictamente jurídico, y su análisis está a merced de la filosofía del derecho, quedando ajeno a la determinación de una ley que un órgano de gobierno esté capacitado para tan anhelable labor a cargo del ser humano*¹⁰.

En efecto, no resulta desconocida la postura kelseniana, bajo la cual la justicia es una característica posible pero no necesaria de un orden social, y por tanto, siguiendo su teoría pura del derecho, resulta suficiente el afirmar que dicho producto social es simplemente un orden coactivo de la conducta humana.

Sin embargo, en la actualidad, como se analizará de manera recurrente, el derecho, como todo producto humano, es naturalmente imperfecto. La justicia, como ideal jurídico, debe apreciarse, o al menos perseguirse como objetivo dentro de todo sistema legal, cristalizándose de una manera más tangible a través de los principios generales del derecho. De esta forma, estos lineamientos prístinos consiguen colmar las deficiencias, de cualquier clase, que pudiera presentar la norma jurídica, y bajo las directrices adecuadas, considerando las circunstancias específicas de cada caso, dictar una resolución que pueda ser tildada, apropiadamente, de *justa*, como se pretende evidenciar en los ejemplos que más adelante se exponen.

De manera que es dable concluir este apartado manifestando que el tema de la justicia no tiene por qué estar divorciado de lo estrictamente jurídico, ya que debe resultar su inspiración, aspiración, y en la medida de lo posible, su realización fáctica. En la actualidad no es posible imaginar que un sistema de normas jurídicas, *per se*, tengan la capacidad de solucionar de manera adecuada los litigios planteados diariamente. Es por ello, que el orden coactivo del que nos habla el maestro de Viena nos parece incompleto, ya que el derecho, sin un operador jurídico consciente de ese alto valor, se reduce a un incoloro sistema de reglas de conducta, prácticamente dictatorial y contrario a

¹⁰CARRANCO, *Op Cit.* p. 57.

la naturaleza y dignidad inherentes a la raza humana.

Fortalecen la tesis anterior las nuevas corrientes jurídicas y procesales, bajo las cuales se pretende dar mayores facultades a los juzgadores a fin que sus resoluciones tengan un mejor sustento fáctico, como lo son las diligencias para mejor proveer, o bien, poco a poco se reconoce en mayor medida la capacidad creadora y el verdadero poder que tienen los jueces al momento de emitir una sentencia. La capacidad, incluso, de ejercer una determinación cuando el vacío de la norma es evidente o grave. Como señala el autor Héctor Fix-Fierro: *“al disponer de un aparato judicial competente, suficiente y ajeno a posiciones partidistas e ideológicas, contribuye a la consolidación de la armonía y seguridad jurídica de los particulares en sus más variadas interrelaciones cotidianas”*¹¹.

De forma similar, el autor Aaron Barak refiere: *“la principal preocupación de un tribunal constitucional en una democracia no es corregir los errores individuales cometidos en las sentencias de los tribunales inferiores. Ese es el trabajo de los tribunales de apelación. La principal preocupación del tribunal constitucional es la más amplia acción correctiva de todo el sistema. Esta acción correctiva se debería enfocar en dos problemas principales; cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad, y proteger la democracia”*¹².

En este sentido, es que también puede se puede vislumbrar la utilidad del garantismo como una actividad prudente del juez que permita maximizar los objetos jurídicos involucrados a fin de dar una solución adecuada al caso concreto, pero observando que su aplicación no vulnere otros elementos del sistema legal, como se propone en este trabajo.

¹¹FIX-FIERRO, Héctor. “La eficiencia de la justicia (una aproximación y una propuesta)” en *Cuadernos para la reforma de la justicia*, número 1, UNAM, 1995, p. 22.

¹²BARAK, Aaron. *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*. SCJN, México, 2008, capítulo 1, página 1.

1.2 Naturaleza jurídica del proceso

Tal y como se comienza a tornar patente, la función del proceso para el Estado no resulta una actividad trivial. Por ello, desde otro enfoque, es que la doctrina se ha interesado profundamente en intentar establecer la naturaleza de esta institución jurídica.

Para este análisis, resulta conveniente tomar como punto de partida una definición del proceso mismo. Por ejemplo, para el maestro José Ovalle Favela, es *“el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable”*¹³.

Esta definición presenta los rasgos más distintivos del proceso judicial: la solución al conflicto es otorgada por un tercero, la intervención de éste es por petición de algún interesado, y finalmente, probablemente su elemento más distintivo, ese tercero que resuelve la controversia tiene la facultad de *imponerla*: es decir, actúa como un órgano estatal, como una autoridad dotada del imperio para emplear violencia legítima, si resultase necesario, a fin de materializar el fallo alcanzado.

Dada su importancia, como quedó escrito, los esfuerzos por esclarecer su naturaleza jurídica en el devenir histórico han sido múltiples, y es que esta clasificación no responde a un mero deseo académico, sino que tiene un trasfondo práctico: a través de precisar la naturaleza de una figura jurídica, es

¹³ OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso*. 6ª edición, Editorial Oxford, México, 2007, p. 194.

posible determinar que ordenamientos son aplicables supletoriamente, mediante un esquema de afinidad.

Por lo tanto, a través de la naturaleza jurídica puede identificarse la categoría general (género) en el cual puede encuadrarse el proceso para posteriormente advertir los casos (especies) que guardan similitudes inherentes, de forma que comparten principios y esquemas básicos, como lo es el caso de los contratos traslativos de dominio, por citar un ejemplo.

Visto lo anterior, las principales teorías que intentan explicar la naturaleza del proceso son las siguientes:

a) *Teoría del contrato de "litiscontestatio".*

Atendiendo a un origen romano, el proceso se basaba en el contrato de *litiscontestatio*, por medio del cual el demandante y demandado se comprometían a sujetarse a un *iudex*, realizando la actividad procesal necesaria para que éste pudiera conocer de la demanda, su oposición y dictar sentencia, quedando obligados a cumplir ésta.

Como se aprecia de la descripción efectuada, en realidad, se hace una descripción de la figura del arbitraje actual, pues el contrato romano mencionado basa su efectividad en un *compromiso*, de forma que: 1) Los órganos de gobierno romanos no tenían potestad jurisdiccional, ni siquiera para someter a sus ciudadanos a su jurisdicción; 2) El *iudex* interviene por solicitud de las partes; 3) La sumisión se basa en un contrato; y 4) Las obligaciones y derechos se derivarán del fallo que emita el *iudex*, no de la relación jurídica material anterior al proceso. Por ello, puede estimarse que en realidad nos encontramos ante un contrato novatorio.

Ante las contraposiciones de esta teoría, las cuales como se comentó describen mejor la figura de arbitraje actual, se tiene presente que pierde vigencia desde el momento en el que el Estado puede imponer su solución a los particulares, como sucede en nuestros días. En consecuencia, no resulta adecuada para describir la naturaleza del proceso.

b) Teoría del cuasi contrato de "litiscontestatio"

Tal era el peso de la tradición privatista en torno a la doctrina no contemporánea, que se intentó aminorar los defectos de la teoría anterior al establecer que el demandado quedaba sujeto al proceso, ya no porque celebrara un contrato, sino por la voluntad unilateral del demandante; a esta voluntad la ley atribuía el poder de sujetar al demandado al proceso.

Sin embargo, esta teoría también resulta insuficiente pues una vez asumida por el Estado la potestad jurisdiccional de forma plena, a través de sus jueces, la idea del cuasi contrato no agrega nada, pues el hecho de reconocer que la fuerza vinculante del contrato hacia el demandado se origina en ley, es también aceptar la relevancia –necesaria– de la potestad estatal para la correcta conformación del proceso, dejando relegada en segundo término la voluntad inicial de las partes.

c) Teoría de la relación jurídica pública

Tratando de superar los cánones del cuasi contrato, el autor alemán Oskar von Bülow en 1868 estableció que el proceso no podría quedar referido a relaciones de derecho privado: *"(...) desde que los derechos y obligaciones que se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que también a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación*

*y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público, y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública*¹⁴.

De forma armónica con las ideas expuestas por el citado tratadista alemán, el procesalista uruguayo Eduardo Juan Couture afirma que la relación jurídica procesal consistirá en *“el complejo de derechos y deberes de los cuales está hecho el proceso civil”*¹⁵.

La principal objeción a esta postura es, al igual que en los esquemas contractualistas, se pierde de vista que el juez no cumple con su función derivado de un contrato o de una relación jurídica, sino que ese deber tiene como origen el monopolio estatal de la potestad jurisdiccional: el Estado no necesita un sometimiento a otra figura para explicar la razón por la que sus determinaciones (a través de sus juzgadores) son obligatorias.

A mayor abundamiento, el autor español Jaime Guasp señala, con buena razón, que *“no hay realmente verdaderos derechos y obligaciones procesales; por el hecho de ser múltiples exigen la formulación de un concepto superior que los sintetice y que sirva para designar la unidad procesal”*¹⁶.

En efecto, dentro del ámbito procesal, como más adelante se explica, los términos derechos y obligaciones son sustituidos por los de *cargas procesales*, ya que, a diferencia de una facultad concedida por el sistema jurídico, o del estado de subordinación jurídica que implican un derecho o una obligación, respectivamente, la carga procesal viene a ser una posibilidad de actuar conforme a la norma procesal lo exige cuyo objeto es procurar perfeccionar en

¹⁴ Citado por MONTERO AROCA, Juan *et al.* *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 288.

¹⁵ Citado por DE BUEN, Néstor. *Derecho Procesal del Trabajo*. 13ª edición. Porrúa, México, 2006, p. 20.

¹⁶ Citado por DE BUEN, Néstor. *Ibidem*.

la convicción del juzgador una pretensión. No puede obligarse su cumplimiento, pero existen consecuencias desfavorables para quienes las incumplen, encontrándose, pues, en una situación desventajosa respecto de la parte que sí haya satisfecho las cargas procesales; circunstancia que posteriormente, al dictarse una resolución se ve reflejada: de ahí la importancia de su satisfacción.

Por otro lado, el segundo comentario de Guasp, relativo a un “concepto superior” puede hacer alusión a que el proceso constituye, entonces, una institución jurídica compleja, con principios y figuras propias; opinión que se comparte en el presente trabajo, y por ende, se considera al proceso como un elemento jurídico *sui generis*, sin una naturaleza jurídica análoga a alguna otra.

En contraste, en opinión del maestro Ovalle¹⁷, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha acogido esta teoría, tomando en consideración el contenido de dos tesis, jurisprudencial y aislada, respectivamente, cuyos datos de identificación, rubros y textos se insertan a continuación para mejor referencia:

[J]; 7a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Volumen 121-126, Cuarta Parte; Pág. 145

EMPLAZAMIENTO, FALTA DE. DEBE ESTUDIARSE DE OFICIO POR EL TRIBUNAL DE APELACION.

Al decirse que la falta de emplazamiento puede y debe corregirse de oficio en cualquier estado del procedimiento, se está reconociendo que no sólo al juzgador de primera instancia compete subsanar de oficio la violación procesal tan grave como lo es la falta de emplazamiento o la defectuosa citación a juicio, sino que también el tribunal de apelación está obligado a corregir de oficio la más grave de las irregularidades procesales, **puesto que la ausencia o el defectuoso emplazamiento implican que no llegó a constituirse la relación procesal entre actor y demandado, y por tal razón, no puede pronunciarse ningún fallo adverso al reo.** Y si de oficio debe el juzgador de segundo grado reparar la violación procesal, con mayor razón debe hacerlo cuando se

¹⁷Cfr. OVALLE FAVELA, José. *Op. Cit.* págs. 188 y 189.

le hace ver el vicio procesal en el escrito de agravios, y si no atiende el agravio relativo y resuelve equivocadamente que no se cometió la violación procesal de que se trata, la parte que formule el agravio, que sea declarado infundado sin razón, con toda legitimidad puede reclamar la violación cometida en la sentencia reclamada en la vía de amparo.

[TA]; 7a. Época; Pleno; S.J.F.; Volumen 51, Primera Parte; Pág. 17

DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA SIN CONSENTIMIENTO DEL DEMANDADO, ES INCONSTITUCIONAL EL ARTICULO 26 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MICHOACAN QUE PERMITE EL.

Cuando una persona solicita ante el órgano jurisdiccional la tutela jurídica de sus pretensiones y se llama a la contraparte que opone las excepciones que estima pertinentes, **surge una relación jurídica autónoma, compleja y de derecho público entre las partes y el órgano estatal**, dentro de la cual los contendientes tienen derechos y obligaciones. El demandado (...)

Según se advierte de las tesis transcritas, se hace mención expresa, en primer término, de una relación procesal, y después de una relación jurídica autónoma, compleja y de derecho público entre las partes y el órgano estatal.

Pese a lo anterior, no se estima suficiente que la cita de nociones determinadas permita establecer qué postura sostiene un órgano jurisdiccional respecto a un tema, sobre todo si se trata de un aspecto doctrinal como el que nos ocupa.

Por ello, conviene hacer énfasis en que la naturaleza del proceso no puede quedar limitada a una mera relación jurídica, ya que, si bien puede tener inmersos elementos como lo es la autonomía y la complejidad –ciertos, se reconoce– en la actualidad tales acepciones, conforme a su importancia, han sido retomadas a través de los principios procesales, por lo que su alcance y teleología es distinto.

También resulta necesario resaltar en este momento que, de acuerdo a la postura que más adelante se sostiene, en realidad el proceso estaría constituido de relaciones jurídicas, por lo que referir a este ente como una relación jurídica en principio resulta tautológico, de la misma forma en que no podrían reducirse otras grandes instituciones jurídicas, como lo son el matrimonio, la huelga, e incluso, el Estado mismo, a una relación jurídica.

De cualquier forma, se concede que esta teoría permanece en vigor hasta nuestros días debido a que, en gran medida, contribuyó a la ciencia procesal especificando los presupuestos procesales, es decir, los requisitos necesarios que debían reunir tanto partes como juzgador para que la constitución del proceso resultara válida.

En ese contexto, como añadidura a lo anteriormente expuesto, también cabe señalar que esta teoría hace énfasis en el origen del proceso como inicio de una relación, lo cual si bien resulta correcto, no puede limitarse a ese punto ya que como se ha venido explicando la importancia de la finalidad del proceso, la cual puede apreciarse en la sentencia no resulta menor; elemento en el cual el esquema de relación jurídica se ve disminuido y aparecen en mayor medida otros como la argumentación y el tema de la verdad.

d) Teoría de la situación jurídica.

Antes de proceder a defender la postura que se adopta en este trabajo, es necesario detenerse para describir, aun de forma somera, la tesis sustentada por el alemán James Goldschmidt en su obra “El proceso como situación jurídica” de 1925, el cual refiere que el proceso como situación jurídica es “*el estado del asunto de una parte contemplado desde el punto de vista de la sentencia que se espera conforme a la medida del derecho*”¹⁸.

¹⁸Citado por MONTERO AROCA, Juan *et all.* *Op Cit.* p. 291.

De lo anterior es posible inferir que para este autor, una vez que las partes acuden al proceso, es decir, se ha constituido la relación jurídica de la cual nos habla Bülow, no existen derechos y obligaciones, sino expectativas que producen consecuencias de derecho: hay un margen de incertidumbre, pues no puede preverse con toda seguridad el sentido de la sentencia.

Dentro de esas expectativas, explica Goldschmidt, se tiene la posibilidad de allegarse de una ventaja procesal, o bien, ejecutar un acto para prevenir un perjuicio de la misma índole: su contribución en realidad fue la de poner de relieve que en el ámbito procesal las cargas procesales se diferenciaban de la generalidad de derechos y obligaciones ya que resultaban imperativos de la pretensión en juego. Su realización da lugar a una expectativa de sentencia favorable, en tanto que su omisión produce el efecto contrario.

Pese a esta aportación, la cual se había comentado con anterioridad, esta postura también resulta parcial ya que la situación jurídica descrita por Goldschmidt tiene un matiz fáctico, es decir, no ayuda a explicar la naturaleza del proceso sino que se limita a describir la circunstancia de hecho (un complejo de posibilidades y expectativas) bajo la cual se desarrolla, sin que permita esclarecer a qué género jurídico se aproxima.

e) Teoría de la institución

Aun cuando en concepción de diversos autores, como José Ovalle y Niceto Alcalá-Zamora la estiman como una “concepción menor”, este calificativo resulta inmerecido ya que como a continuación se expone, esta teoría, de acuerdo a los cánones de la actualidad, merece mayor peso al poderse establecer en ella varios de los principios que rigen a la actividad procesal.

Primero, conviene precisar que una acepción inicial del término “institución” es la siguiente: *“Cada una de las organizaciones fundamentales de un Estado, nación o sociedad”*¹⁹.

Desde esta primer concepción puede advertirse que una institución es una pieza clave en la integración del Estado; sin necesidad de profundizar en torno a Teoría Política, una justificación del Estado es, precisamente, la actividad jurisdiccional, pues en consecución del bien común, la armonía y paz sociales, es necesario mantener un orden jurídico estable que permita a los ciudadanos el acceso a la justicia, dirigiendo su acción al Estado y no a su semejante, haciéndose justicia por sí mismos. Para algunos autores, es el único fin.

La autora Arnáiz Amigo cita a su maestro Manuel Pedroso en los siguientes términos: *“El problema de la justificación del Estado no conduce al análisis del ordenamiento jurídico; este último es un problema filosófico-social, pero no estatal: el Estado tiene una sola finalidad y es asegurar el derecho; naturalmente, los fines y propósitos del Derecho cambian en la historia, en tanto la finalidad del Estado es siempre la misma”*²⁰.

De esta manera, el respeto al principio jurídico, y la obediencia a la ley, justifican el poder del Estado. La voluntad de los gobernantes está condicionada por el precepto ético del multicitado bien común. En el ámbito sociológico, tenemos actividades individuales con sus respectivos intereses, una cooperación con teleología común y las instituciones estatales que encauzan estos fines, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos.

¹⁹Diccionario Jurídico Mexicano. Consultado a través de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en la liga <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1172> voz “Institución” al 06 de junio de 2013.

²⁰ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*, 3ª edición, Miguel Ángel Porrúa, 1997, p.104.

Aurora Arnáiz Amigo sentencia: “*El Estado tiene la alta misión de hacer posible la vida del hombre con su agrupación política (comunidad social)*”²¹ agregándose que lo hace a través del monopolio de la coacción legítima, pues su poder supone jerarquía y evoca un orden: el de la subordinación. Y una forma de reflejarse ésta es en dirigir la acción a un tribunal del Estado y no hacia un semejante, y someterse al *imperium* estatal a través del proceso y finalmente, aceptar la decisión en la sentencia que resuelva el conflicto, aun por la fuerza si fuese necesario.

De esta breve disertación puede hacerse evidente que el proceso es, desde este punto de vista, una institución estatal; el calificativo de jurídico resulta inherente a todo producto del Estado, pues tiene como origen ese poder de mando originario.

En armonía con la relevancia que se busca reconocerle al proceso como auténtica institución, Maurice Duverger comenta: “*las instituciones no son solamente formas o estructuras de organización social; son también representaciones colectivas que siempre se valoran en alguna medida, y esa valoración constituye un elemento esencial de su eficacia. La legitimidad de una institución, es decir, su conformidad con el sistema de valores de un grupo dado, es uno de los fundamentos de su existencia*”²².

Analizado lo anterior, se concluye esta primera idea afirmando que el proceso, desde esta óptica, constituye una institución jurídica debido a la relación estrecha que guarda con el Estado y sus fines, así como el rol fundamental que juega dentro de una sociedad democrática como medio para la solución de controversias conforme al Derecho de ese grupo.

²¹ *Ibidem* p. 106

²² Diccionario Jurídico Mexicano. *Op. Cit.* (cita extraída del mismo vínculo referido con anterioridad).

En cuanto a legitimación se trata, es el resultado del proceso a través de la sentencia; no se soslaya que la forma en que se integra el mismo por medio de los procedimientos que lo constituyen también deben apearse a ciertas reglas (como lo es el debido proceso), pero es la sentencia el elemento que tiene mayor difusión entre la sociedad, la que decide el conflicto planteado por las partes, y finalmente, es la determinación por la cual se concretiza el Derecho: de ahí que el tema de su legitimación como aceptabilidad sea indispensable en el Estado moderno.

En segundo término, conviene recordar lo referido por Guasp respecto al “concepto superior”. Para este autor, esta institución a la que hace alusión, es *“un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea ésta o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad”*²³.

Ahora bien, puede concebirse como ese concepto superior la calidad de institución, con los elementos ya descritos, al proceso, incluyendo el concepto proporcionado por Guasp toda la actividad procesal, así como su finalidad; la característica de institución permite entonces dimensionar y comprender al proceso como una figura *sui generis*, de forma tal que el precisar su naturaleza ya no resulta relevante, pues como se dijo en principio, ello tiene como objeto identificar que normas podrían serle aplicables de forma supletoria o por afinidad, y en el caso, el proceso es género y especie al mismo tiempo: modela sus propios principios y tiene la misión de colmar sus propias lagunas.

En efecto, el proceso a través de su evolución ha venido incrementado diversos principios que le son propios e inherentes, que si bien pueden tener eco con los principios jurídicos fundamentales, la actividad procesal los moldea

²³OVALLE FAVELA, José. *Op. Cit.* p. 192.

a fin que puedan ser aplicables plenamente, terminando por ser parte esencial de su naturaleza. Por ejemplo, el principio de *audiatur altera pars*, “óigase a la otra parte”, como muestra del esquema de contradicción que debe observarse en todo proceso responde a una concepción que trastoca de forma tan fuerte con el ideal de justicia, que el legislador no puede desconocerlo. Éste puede establecer libremente como puede observarse ese principio, a través de las reglas procedimentales respectivas, pero si no se encontrase presente en una ley procesal, no podríamos hablar de proceso.

Estas son las consideraciones que llevan a sostener que el proceso resulta una institución autónoma y compleja, de forma que las discusiones en torno a su naturaleza resultan irrelevantes, pues como quedó asentado, el proceso por sus características no pertenece a ningún género jurídico.

En contraposición, para el maestro Ovalle Favela²⁴, la concepción de institución del proceso es cuestionable por dos razones: 1) El concepto de institución es tan vago que incluye también a otras figuras, como el divorcio, la familia y el ejército, entre otras; y 2) Decir que el proceso es una institución no ayuda a esclarecer su naturaleza jurídica propia.

No se comparten esos puntos de vista, pues de tales observaciones se sigue que, en realidad, pueden servir para apuntalar nuestra visión específica institucional del proceso. Primero, porque el referir que el proceso es una institución no debe crear en absoluto alguna vaguedad, sino que al compararse con esas figuras jurídicas con arraigo e importancia social, refleja que ya no puede hablarse de un grupo humano, llámese Estado o pequeña comunidad, que no tenga un proceso. Aun las comunidades más primitivas, si se desea hacer un bosquejo histórico, contaban con medios para dirimir controversias: el proceso se encontraba existente de forma latente. Por ello, el darle la categoría

²⁴Cfr. OVALLE FAVELA, José. *Op. Cit.* págs. 192 y 193.

de institución de forma alguna se traduce en vaguedad, sino que por el contrario, refuerza su importancia, sobre el de una mera relación o situación jurídica.

Después, de acuerdo a las líneas anteriores, esclarecer la naturaleza del proceso ya no resulta trascendente, pues al no tener un género dentro del cual ubicarse, la finalidad de precisar su naturaleza desaparece, pues no traería la solución de ningún problema práctico, y por ende, sería una teoría condenada al olvido.

Conforme a las tendencias contemporáneas que recaen en el proceso, y sobre todo en la sentencia, por la forma en que el juez toma su decisión, es que también se acredita que únicamente bajo el tratamiento de institución puede comprenderse mejor al fenómeno procesal, pues ello puede abarcar la forma en que concurren las diferentes relaciones jurídicas, las cargas procesales y sus principios.

En suma, puede considerarse que la concepción institucional tiene un matiz ecléctico, o de síntesis respecto las teorías anteriores. Sin embargo, se estima que éste va más allá al redimensionar al proceso como elemento fundamental de un Estado, al estar en aptitud de dotarlo con principios inherentes, y, finalmente, permitir que esta figura autónoma tenga una evolución propia, necesaria, que se adecue a las necesidades de la sociedad en la que se encuentra presente.

Entonces, como conclusión, no debemos preguntarnos cuál es la naturaleza del proceso, sino cuál es su finalidad, y qué estamos haciendo para asegurar esa finalidad; si realmente como operadores jurídicos estamos cumplimentando su razón de ser.

1.3 Proceso como función privatista²⁵

Una vez establecido que la búsqueda en torno a la naturaleza del proceso no es relevante, conviene ahora destacar su función pública, sin que sea necesario regresar a la idea de relación jurídica pública de Bülow.

Como punto de comparación, en primer término, las teorías privatistas, por denominarlas de forma descriptiva respecto de la esencia de su postulado²⁶, sostienen que el objetivo principal del proceso judicial, y más en general, de la impartición de justicia, es resolver el conflicto entre las dos partes del caso. El proceso es visto como el reflejo de una controversia entre particulares, y lo que ellos necesitan es un juicio que resuelva ese problema, eliminándolo y restaurando las relaciones pacíficas entre los individuos involucrados.

Bajo el axioma de que la verdad de los hechos puede ser útil, pero no es una meta del proceso, las teorías privatistas encierran los valores involucrados en el proceso, imaginan el mundo como un universo empobrecido desde un punto de vista sociológico y compuesto exclusivamente de individuos cuyo único objetivo es favorecer a sus propios intereses particulares: se concluye entonces que las pruebas no son un mecanismo cuyo objeto sea la búsqueda de la verdad, sino que se usan en la defensa de una causa individual o simplemente como una manera de cumplir con las cargas procesales.

De lo anterior, se infiere que el esquema privatista da un peso casi absoluto a las partes: son ellas el eje por el cual se resolverá la controversia, por lo que la

²⁵Cfr. TARUFFO, Michele. *Prueba y verdad en el proceso civil*. Marcial Pons, Madrid, 1ª edición 2008, p. 21.

²⁶El referido tratadista italiano las señala de manera genérica de esta forma, sin que se especifique autores o corrientes más específicas dentro de la postura "privatista". Para efectos de la presente investigación, se considera adecuado y útil englobarlas bajo la misma tendencia del autor Taruffo, ya que evidentemente muestran dos perspectivas opuestas sobre un objeto de estudio, y las autorías de éstas, en cuanto a la reflexión que pueda desprenderse de éstas, deviene irrelevante.

participación del juez se ve disminuida. El interés de las partes por resolver la controversia, se traduce en la mentalidad que la búsqueda de la verdad y la solución del problema no son la misma cosa: lo que las personas necesitan no es la verdad, sino superar ese conflicto lo más rápidamente posible, a un costo menor. A través de este razonamiento es que se justifican los métodos alternativos de solución de controversias.

Sin embargo, sólo a través del proceso es posible establecer un precedente legal, o bien, resolver conforme a Derecho un caso novedoso o relevante para el desarrollo social de una comunidad. Dicho con otras palabras, no resultaría adecuado ni recomendable el permitir sujetar a negociación todo debate legal. Siempre existirán asuntos que, conforme a sus circunstancias, requieran la intervención jurisdiccional.

Incluso, este aspecto de relevancia es relativo. Cada expediente que se resuelve es de vital importancia para las personas que encuentran comprometido su patrimonio, sus derechos –libertad incluida– en cada controversia planteada. Para los involucrados, su asunto siempre será el más importante por obvias razones. Esta consideración parece fortalecer la tesis privatista, ya que las partes en cada proceso siempre tenderán a favorecer sus pretensiones, los abogados que los patrocinan diseñarán las estrategias más adecuadas para cada caso, siendo inclusive común que, al ofrecerse la prueba pericial, al tener una naturaleza usualmente colegiada, sea visto como algo normal que los dictámenes rendidos sean contradictorios entre sí. Es necesaria entonces la intervención del perito tercero en discordia, el cual dará su opinión de manera independiente sobre el punto de hecho debatido. Pareciera que, en otro orden, se repitiese el triángulo procesal de juez y partes: un perito tercero será el que dirima la controversia de hecho planteada por la pericial referida.

Sin embargo, dentro de estos micro universos que se repiten indefinidamente a

diario, el papel del juzgador debe destacarse, ya que no puede fungir como un mero espectador. Conforme a las nuevas tendencias, en las que el papel del juez se torna en un rol más activo, tales situaciones siempre pueden quedar remediadas oportunamente a través de su intervención.

Por ejemplo, en el caso de las diligencias para mejor proveer, en palabras del maestro Ovalle Favela, “*no excluye en definitiva las reglas de la carga de la prueba, pero sí intenta evitar que el conocimiento del juzgador sobre los hechos controvertidos se base exclusivamente en las pruebas propuestas por las partes*²⁷.” De esta forma, la participación del juez resulta relevante para allegarse de los elementos de convicción que se estimen idóneos a efecto de dictar una sentencia que satisfaga los requisitos inherentes a ésta, como lo son la congruencia y la legalidad.

El procesalista uruguayo Eduardo Couture desarrolla de manera magnífica el tema de las diligencias para mejor proveer de la siguiente manera:

“El poder de dirección que se atribuye al juez en las diligencias para mejor proveer no es un poder discrecional, sino un poder ordenador que debe ejercerse de acuerdo con la ley. Solo a falta de una solución específica, el juez dirige el juicio de acuerdo con los principios generales rectores del proceso. Éste está dirigido por el principio de autoridad del juzgador, que es un representante del Poder Público, que también parte en el juicio. El juicio civil no es una relación jurídica de dos particulares ante un juez impassible, que se limita a esperar el fin de la lucha, como en el duelo clásico, para proclamar vencedor al que hubiera triunfado según las reglas del combate. Conviene insistir, una vez más, en que el Estado tiene al igual que las partes, un interés propio en el litigio; solo que mientras éstas persiguen un interés privado, el Estado persigue que la jurisdicción se cumpla en los términos previstos en la Constitución. Los jueces tienen atributos de autoridad y de intervención que, en general, tienen todos los gobernantes y agentes del servicio público. Si un ciudadano no puede despojar a otro de sus bienes en presencia de la autoridad sin que ésta lo reduzca a prisión, no se concibe en virtud de qué razonamiento un juez debe presenciar impassible cómo un litigante deshonesto arruina,

²⁷ OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*, Oxford, 9ª edición, 2003. p. 142.

burla, y defrauda a un litigante honesto, sin poner en juego un mínimo de su autoridad para evitar ese despojo que se consuma ante él”²⁸.

Entonces, las teorías privatistas devienen contrarias a la naturaleza real que debe revestir todo proceso jurisdiccional: no se razona que desde su particular punto de vista puedan ser congruentes bajo una perspectiva descriptiva; sin embargo, se debe tener presente que la esencia del proceso es, como actividad estatal, la búsqueda de un bienestar social, a través de la observancia del Estado de Derecho, el cual no puede ser cumplimentado a través de la creación de verdades jurídicas artificiales recurrentes, aun y cuando éstas satisfagan a las partes en conflicto.

Como sentencia Taruffo: ninguna decisión correcta y justa se puede basar en hechos determinados erróneamente. Dentro de cualquier sistema jurídico basado en el principio fundamental del Estado de Derecho, una buena solución sólo se obtiene por medio de una decisión *legítima*: que pueda tildarse de apropiada y justa. Es precisamente lo que el juzgador debe pretender en todo momento al resolver un caso.

Cabe destacar que las nociones privatistas descritas pueden tener origen en la desaprobación moral, por parte de la sociedad, de los órganos jurisdiccionales en general, quienes son vistos como “un mal necesario” que presta un servicio deficiente en lugar de satisfacer una necesidad social.

En consecuencia, podemos rescatar de esta postura una aspiración pragmática en la que cuestiones como la justicia y la verdad, retroceden ante la necesidad de resolver un problema; connotación que puede resultar aceptable pero que no puede ser tomada como punto de partida o esencia del sistema jurídico. Es decir, para el Derecho no sólo es importante resolver problemáticas

²⁸COUTURE, J. Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, 3ª edición Buenos Aires 1974. p. 91.

sociales, sino el *cómo* se resuelven éstas, pues la forma en que se realiza la búsqueda de esa determinación también influye, inevitablemente, en su resultado, el cual como se intenta explicar a continuación, trasciende a la partes en conflicto.

1.4 Proceso como función pública.

Si partimos de la importancia del resultado obtenido en el proceso (sentencia), será posible advertir que éste quedará revestido invariablemente de una función pública: debe buscar aplicar la ley a los casos individuales tomando como base criterios objetivos y buscando el interés general de la justicia. La decisión legal y justa sólo se puede fundar en una valoración apropiada, exacta y veraz de los hechos relevantes del caso, o con las palabras exactas de Taruffo: *“el proceso judicial tiene por objeto hacer justicia y no sólo resolver conflictos, está orientado a resolver conflictos por medio de una solución justa, no podemos hacer a un lado la verdad, como una condición de justicia, en la decisión de los casos”*²⁹.

Ante la anterior anotación, bien cabe hacer una útil precisión: en efecto, la esencia de una sentencia legítima no se debe limitar a la aplicación adecuada de una hipótesis normativa a un caso concreto, mediante la clásica fórmula de motivación y fundamentación; pueden existir casos en los que la norma sea insuficiente, no exista, o pueda ser considerada como injusta.

De este modo, las leyes de la lógica reflejadas usualmente en el silogismo jurídico deben retroceder ante cánones argumentativos que permitan sostener una u otra decisión. Que cubran esa determinación con un matiz de aceptabilidad o razonabilidad, sin que se soslaye en este aspecto la debida

²⁹TARUFFO, Michele. *La Prueba*, Marcial Pons, Filosofía y Derecho, Madrid, 2008, p. 23.

fundamentación y motivación que todo acto de autoridad debe contener; de aquí que el término motivar adquiera una nueva dimensión.

Motivar, en términos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consiste en expresar una serie de razonamientos lógico-jurídicos sobre el porqué se consideró que el caso concreto se ajusta a la hipótesis normativa señalada;³⁰ de esta forma este concepto se limita únicamente a describir las razones por las que el juzgador se orientó a decidir de una manera u otra; sin embargo, es omiso al considerar que dichas razones deben ser *justas*.

De esta forma, coincidiendo con el sentir de la autora Milagros Otero, la justificación proviene de la palabra justicia y pretende la búsqueda del derecho justo, y en el derecho es la causa, base o cimiento de una decisión judicial para hacerla razonable, adecuada a la ley, a la justicia y al Derecho³¹.

En otros términos, el proceso se ve fortalecido y la determinación del juzgador puede adquirir mayor legitimidad por dos vías: 1) en la medida en que pueda afirmarse que la verdad jurídica creada a través de la figura de cosa juzgada tenga como base elementos acreditados que guarden identidad con la verdad histórica, pues debe recordarse que es el juzgador quien, a través de los medios de prueba, *recrea* los hechos afirmados por las partes; y 2) una vez construida la recreación de esos hechos por parte del juzgador, éste tenga las facultades necesarias para encontrar la solución más adecuada para cada caso en concreto.

Esa solución adecuada, en consecuencia, trae consigo una idea de eficacia, de realización fáctica u observancia, sin que medie en ello, necesariamente, un

³⁰ Cfr. la tesis con el rubro: *Fundamentación y motivación, concepto de*. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, XIV, Noviembre de 1994, p. 450.

³¹ OTERO PARGA, Milagros. *Cuestiones de argumentación jurídica*. Editorial Porrúa, México, 2006, p. 115.

esquema de coerción. El Derecho entonces puede cumplir con sus objetivos sin que se haga presente su elemento de coerción, que lo distingue.

La siguiente reflexión puede ayudar a clarificar lo anterior:

Cualquier resolución jurisdiccional, sea definitiva o no, sin importar su naturaleza es un producto jurídico, a los cuales de forma clásica se les atribuye como característica la heteronomía, elemento bajo el cual el actuar del sujeto es planteado por un agente externo al que va dirigido, de forma que éste no puede excusarse de su cumplimiento bajo un razonamiento de *autonomía* como es el caso de las normas morales.

En este sentido, es útil recordar la definición de ambos términos proporcionada por el maestro García Máynez: "*Autonomía quiere decir autolegislación, reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia. Heteronomía es sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa*"³².

Sin embargo, toda norma jurídica tiene de trasfondo un porcentaje importante de autonomía. A efecto de ejemplificar esta noción, podemos tomar el orden que produce un semáforo respecto de la circulación de vehículos en un cruce.

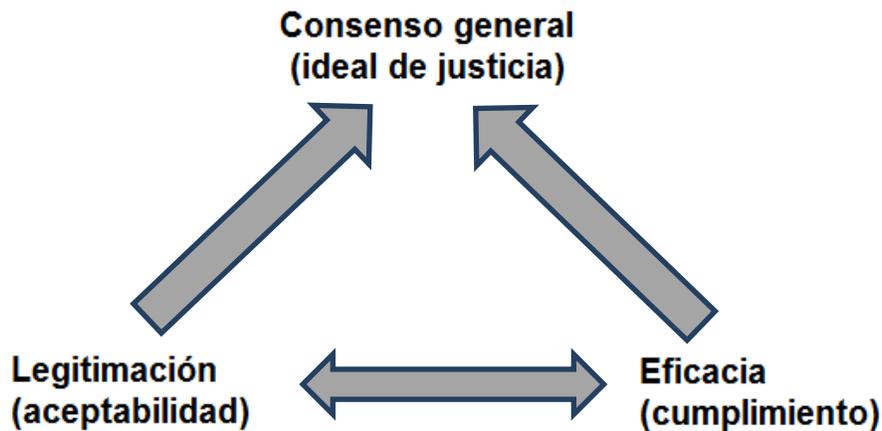
El semáforo es respetado por la sociedad, por los automovilistas, porque saben que el no hacerlo puede acarrearles una sanción (coerción). En otro sentido, respetan la señal que produce el semáforo porque saben que es *lo correcto*: de otra forma, si los automovilistas quisieran efectuar el cruzamiento en cualquier momento, al mismo tiempo, gradualmente se bloquearían y ninguno terminaría

³²GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 56ª edición, Porrúa, México, 2004, p. 22.

por cruzar, o bien, los accidentes se reflejarían con gran frecuencia.

De esta forma, los sujetos a los que va dirigida la norma, *reconocen* (parte autónoma) que el respeto al semáforo no solo evitará una sanción en lo individual, sino que más allá, acatan la norma de conducta regulada por el semáforo al aceptar que dicha observancia es en beneficio de ellos mismos y del bien común. Al considerarlo como una medida justa, adecuada y legítima, su cumplimiento se vuelve algo natural. Inclusive, puede apreciarse, en el caso no se requiere de una argumentación amplia o vigorosa para sostener el argumento que *respetar el semáforo es algo bueno*, pues incide realmente en la teleología de toda norma jurídica de buscar y preservar el bien común.

Las ideas anteriores pueden ilustrarse en el siguiente esquema:



Descrito lo anterior, se considera que tanto legitimación como eficacia se encuentran relacionadas íntimamente entre sí: una actuación legitimada que goza de aceptabilidad tiende a un cumplimiento voluntario, en tanto que una conducta tiene realización fáctica en tanto que el agente estima que conduce su actuar de conformidad a ciertos cánones sociales.

Más adelante se profundizará en torno a este tema, el cual en el presente apartado se ha tocado brevemente, pero que posteriormente será interesante incorporarlo a la discusión en torno al garantismo: la injerencia de factores morales en el Derecho.

Mientras tanto, se considera que han quedado expuestas las razones por las cuales el proceso se erige como una verdadera función pública, y la sentencia que pone fin a la actividad procesal tiene entonces que integrar un andamiaje complejo, pues debe intentar procurar recoger valores que dentro de una colectividad se consideren justos, y para ello, la búsqueda de la verdad histórica se convierte en una necesidad de primer orden como se expone a continuación.

1.5 La verdad jurídica

Bajo el apotegma “*la verdad es la base de la justicia*,”³³ se procede a tratar de establecer un concepto de lo que debe entenderse por *verdad jurídica*.

Por las razones que a continuación se exponen, no se comparte la noción del procesalista italiano Francesco Carnelutti, para quien la verdad no puede ser más que una, de modo que, o la verdad formal (jurídica) coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella y no es sino una no verdad³⁴.

De forma similar, en esta ocasión, no se coincide con el maestro Ovalle Favela, para quien el término “verdad legal” tiene un carácter medieval, citando para tal

³³ *Op. Cit.* TARUFFO, Michele p. 23.

³⁴ Citado por MONTERO, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 5ª edición, Thomson-Civitas, España, 2007 p. 48.

efecto a Scaccia: “*La cosa juzgada hace de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de la sangre y cambia lo falso en verdadero*”³⁵.

Bajo un orden de ideas similar, Couture señala “*la cosa juzgada es una exigencia política y no propiamente jurídica; no es de razón natural, sino de exigencia práctica*”³⁶. Ugo Rocco refiere: “*la cosa juzgada se explica por un fenómeno de consunción, de agotamiento de la jurisdicción*”³⁷.

Como se ha venido comentando en líneas precedentes, y como se desarrollará en las siguientes, el término de verdad jurídica reviste de una importancia trascendental ya que debe encontrarse ligado, al menos bajo una óptica deontológica, al de justicia, y no únicamente obtener una connotación eminentemente procesalista, cuya utilidad para distintos efectos ya ha sido acreditada con plenitud en la práctica, y por tanto, resultaría ocioso describir en este espacio³⁸.

En torno a este tema, las reflexiones del presente trabajo encuentran fundamento en las ideas de Montero Aroca y Michele Taruffo, perspectivas teóricas que si bien no resultan coincidentes en diversos aspectos, e incluso se encuentran en oposición en otros, el debate entre ellas resulta fecundo, conservando en mente el pensamiento del maestro Burgoa, quien señala “*...la verdad como absoluto nadie la posee, máxime cuando se trata de las disciplinas jurídicas que tienen, dentro del humanismo, la virtud de la opinabilidad*”³⁹.

³⁵ OVALLE FAVELA, José. *Derecho procesal civil*. 9ª edición, Oxford, México, 2003 p. 211.

³⁶ *Ibidem*. En términos similares Carnelutti refiere: “*La cosa juzgada es un sacrificio de la justicia a la certeza*”.

³⁷ Citado por QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Derecho Procesal*. 4ª edición, Temis, Bogotá, 2008, p. 582.

³⁸ En esencia, la cosa juzgada pone fin a una contienda de forma definitiva: en virtud de ella se decide lo que es Derecho es un caso determinado.

³⁹ Citado por CARRANCO, Joel. *Poder Judicial. Op. Cit.*, p. XXI (prólogo).

En primer término, tenemos la opinión del maestro español Juan Montero Aroca⁴⁰, quien propone el término de “certeza” como sustituto de verdad. Bajo este tenor, “certeza” es sustancialmente equivalente a la “verdad jurídica relativa”. En consecuencia, la verdad que según Montero Aroca no puede ser alcanzada, es la verdad absoluta, ya dicha aspiración es demasiado ambiciosa, y además, no siempre es compatible con los principios y reglas conformadoras del proceso civil.

Según Montero, en el proceso y en la prueba tiene normalmente que existir un intento decidido de verificar, de la manera más próxima a la realidad, las afirmaciones de hecho que realizan las partes, pues la constatación de los límites en que opera el hombre y los principios del proceso no puede llevar, sin más, a renunciar que la sentencia se base en un relato de hechos probados que responda lo más ajustadamente posible a cómo sucedieron las cosas realmente.

La determinación de cómo juega la prueba en el proceso sólo puede entenderse cuando se advierte que el juez juzga dentro del proceso y no puede hacerlo de otra manera. En este sentido, se ejemplifica de la siguiente manera: podrá decirse que no admitir una documental, porque la parte lo ha ofrecido una vez precluida la posibilidad legal para ello, es algo contrario a la búsqueda real de la verdad, pero no debe desconocerse que esa preclusión puede ser la consecuencia necesaria de un principio tan importante como el de economía procesal. De ahí que, como se anunció, para Montero solo se pueda hablar de una “certeza” y no de una “verdad”.

⁴⁰ Al respecto puede consultarse MONTERO, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 5ª edición, Thomson-Civitas, España, 2007, pp. 41-53.

Por tanto, sólo puede tenerse certeza cuando en las actuaciones, en las que se observó el principio de legalidad, pueda concluirse que se dieron elementos suficientes para que una afirmación de hecho se tenga como probada; en sentido contrario, podría igualmente concluirse que una afirmación de hecho no debe tenerse por probada, independientemente de su correspondencia con la realidad, si en las actuaciones no existen los elementos que permiten llegar a la razonable conclusión de que fue acreditada.

En síntesis, Montero no refiere de manera expresa el término “verdad jurídica” o alguno similar, sino que, consciente de las limitantes naturales de esa búsqueda de la realidad, lo llama “certeza” a fin de evitar entrar en polémica directa con el concepto de verdad ya que su corriente ideológica es aproximada a las nociones de Carnelutti, al no realizar distinciones entre las “clases” de verdad; sin embargo, pese a su sentir, en realidad sí distingue, aun de esta manera indirecta, la diferencia entre una verdad histórica y lo que se hace llegar a un expediente.

Después, el italiano Michele Taruffo⁴¹ expone, como prefacio a sus razonamientos, que la idea de “verdad judicial” puede parecer vaga, enigmática y dudosa. No obstante lo anterior, dicho autor sí le reconoce un valor al concepto en cita.

Al desarrollar su teoría, refiere que las normas jurídicas definen el contexto de la verdad “judicial”, pero que todo tipo de verdad es de algún modo, “contextual”. Es más, los hechos en litigio en una causa se suelen comprobar en el proceso judicial usando los mismos medios (testimonios, documentos, grabaciones, argumentos inferenciales) que la gente común y corriente utiliza para descubrir la verdad en su vida cotidiana. Refiere dicho autor, no hay diferencia epistémica sustancial entre la verdad judicial y la verdad no judicial

⁴¹ Cfr. TARUFFO, Michele. *Op. Cit.* pp. 25-35.

(es decir, ambas tienen una teleología común, y un modo análogo de arribar a sus conclusiones).

Taruffo coincide con Montero Aroca al razonar que la idea de una verdad absoluta puede ser una hipótesis abstracta en un contexto filosófico amplio, pero no se puede sostener racionalmente que una verdad absoluta pueda o deba ser establecida en ningún dominio del conocimiento humano. Esto es, la idea de una verdad absoluta parece pertenecer sólo a los terrenos de la religión y la metafísica. Por tanto, señala que en todo contexto de conocimiento científico y empírico, incluido el de los procesos judiciales, la verdad es relativa.

Con relación a las teorías privatistas y publicistas del proceso anteriormente descritas, Taruffo distingue dos teorías acerca de la verdad, las cuales coinciden con los axiomas respectivos de cada línea argumentativa.

Teoría coherentista

Para la “teoría coherentista”, relacionada con las teorías privatistas, la verdad de un enunciado fáctico es sólo la función de la coherencia de un enunciado específico en un contexto de varios enunciados. Dado que la verdad y la falsedad sólo se pueden predicar de enunciados, el único nivel posible para la verdad es el de los enunciados, esto es, del lenguaje y los relatos.

Puede vincularse la idea anterior con la concepción retórica de los elementos de prueba, considerándolos como un recurso persuasivo cuyo objetivo es simplemente crear en la mente del juzgador, una creencia de credibilidad de uno de los “relatos” contados en el curso del litigio.

La coherencia del relato entonces desempeña un importante papel persuasivo, y los medios de prueba suelen tener por objeto constituirse como base para

crear un relato convincente. Su enfoque típico es el de una persona interesada en lograr la victoria, aunque no se encuentre la verdad. Es más, sería mucho mejor no descubrir la verdad, desde la perspectiva del abogado, si la verdad resultara contraria a los intereses de su cliente.

Dado lo anterior, es dable concluir, de manera análoga en lo descrito respecto de las teorías privatistas: las narrativas coherentes y persuasivas pueden ser falsas, o no pretenden ser verdaderas, desvirtuando los hechos. Se advierte, pues, un relativismo “fuerte”, por lo que este es el principal argumento para rechazar cualquier teoría de la verdad como mera coherencia en el contexto judicial, pues más que de un concepto de verdad o siquiera cercano al de certeza propuesto por Montero Aroca, se hace alusión a una construcción parcial, retórica, que debe ser expulsada de una recta concepción de la justicia.

Teoría de la verdad como correspondencia

En la teoría de la “verdad como correspondencia”, la verdad es resultado de la correspondencia del enunciado con un estado empírico del mundo. Como se aprecia, tiende a las nociones de las teorías publicistas al hacer alusión a una verdad histórica, a una verdad evidente que puede resultar fácilmente comprobable a través de los sentidos, sin necesidad de enunciados como lo propone la teoría coherentista.

Esto es, el contenido de la decisión es verdadero cuando coincide o corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que son la base de la controversia judicial. La función de la prueba es justamente ofrecer al juzgador conocimientos fundados empírica y racionalmente acerca de los hechos de la causa, no recopilar historias contadas por algunas personas sobre esos hechos.

La teoría coherentista captura solamente algunos aspectos significativos del problema judicial de la verdad, mientras que la teoría de la correspondencia coincide mucho mejor con una concepción de la decisión judicial basada en la justicia y la verdad.

Visto lo anterior, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- a) Se coincide con ambos autores, por cuanto hace que la verdad alcanzada dentro de un proceso suele tener una calidad relativa.
- b) Se estima que la verdad de índole coherente posee un grado de relativismo fuerte, porque tiende eminentemente a la parcialidad, deformando el concepto de una verdad pura, sin tendencia o dirección alguna.
- c) Si bien en el terreno práctico el término “certeza” propuesto por Montero Aroca puede tener una acepción adecuada, se prefiere emplear el de “verdad jurídica” ya que se encuentra más apegado al principio que debe perseguir el proceso, y en su conjunto, el Derecho mismo.
- d) Se considera acertada la tesis de Taruffo, al estimar que sí existe una diferencia entre la verdad no judicial y la judicial: mientras que la primera no depende de factores externos para su comprensión y creación, ya que se genera de manera espontánea en el acontecer diario de la vida, la verdad judicial es el producto de una actividad humana determinada. De ahí que deba reconocerse que sí es dable hablar de dos clases de verdades dentro del ámbito procesal.

Según las ideas expuestas, el concepto que se propone en torno a este tema es el siguiente: la verdad jurídica es el estado de cosas obtenido a través de la práctica probatoria en un proceso jurisdiccional, reflejado en una determinación que ha causado estado, es decir, cuando lo resuelto por el juzgador ha

adquirido autoridad y eficacia total al no existir medios de impugnación que permitan modificarlo. La verdad jurídica es definitiva.

Como podrá apreciarse, el concepto que se propone encuentra una marcada similitud con el de cosa juzgada; sin embargo, dicho concepto encierra únicamente un matiz procesal, al ser considerado, por ejemplo, para efectos de ejecución, entre otros, en tanto que la verdad jurídica abarca un punto de vista sociológico. Es el resultado de un proceso, de la búsqueda de la verdad que se encuentra contenida en una sentencia.

Por ello, es responsabilidad no tan sólo del juzgador sino también, y en mayor medida, de los abogados de allegar correcta y oportunamente los medios de convicción pertinentes que permitan sostener una pretensión. A guisa de ejemplo: en un caso de violencia familiar, la víctima puede acudir oportunamente ante el ministerio público a fin de formular su querrela y, previos trámites de ley, se ejercite acción penal en contra del probable responsable, siempre y cuando se acredite la probable responsabilidad y el cuerpo del delito.

Así las cosas, si la víctima no logra satisfacer tales requisitos, aunque sea sabido por sus parientes, amigos y vecinos (la sociedad) tal situación, el agente del ministerio público procederá a proponer el acuerdo de no ejercicio de la acción penal y considerar al probable responsable como inocente. De no impugnarse dicha determinación, la verdad jurídica alcanzada, entonces, será distinta a la verdad histórica.

En efecto, lo que se trata de evidenciar es que el agente de la representación social, al igual que cualquier otro administrador o procurador de justicia, al momento de emitir su determinación, únicamente podrá hacerlo con base en los elementos que obren en el expediente en ese momento: la verdad jurídica que se ha creado hasta ese momento, que se perfecciona al momento de

emitirse una resolución que cause estado.

Continuando con el ejemplo anterior, probablemente, la querellante procedería a promover su inconformidad ante el fiscal desconcentrado (tratándose de fuero común, en el Distrito Federal), y tras confirmarse el referido no ejercicio, promoverá acción de garantías, sólo para que se confirme, nuevamente, la determinación impugnada: verdad jurídica.

Desde luego, cualquiera puede afirmar que el problema radica en el desconocimiento de la víctima para recabar debidamente el material probatorio, factores de corrupción, desaseo en la institución reflejado en resoluciones deficientes, entre muchos otros aspectos que, acertadamente, pueden ser objeto de discusión dentro del ejemplo señalado.

Sin embargo, tales factores resultan externos y ajenos a la figura de verdad jurídica que se ha intentado describir y por ende, no trastocan las ideas planteadas, en torno a la necesidad de intentar que verdad jurídica e histórica sean una, para que con base a estos hechos efectivos, pueda entonces cerrarse la instrucción y pasar al juicio propiamente: el momento en que el juzgador adopta una determinación.

1.6 Argumentación jurídica

Como último apartado del presente capítulo, se hace referencia a la herramienta que tienen los juzgadores a fin de procurar legitimar y democratizar sus determinaciones: la argumentación jurídica.

La argumentación jurídica, si bien se ha encontrado presente en todos los

periodos jurídicos como un elemento discursivo retórico, en la época moderna comienza a cobrar mayor relevancia en la medida que la teoría jurídica contemporánea, consciente de las limitaciones del positivismo clásico, también se percató de las fuertes restricciones que conlleva limitar el ejercicio del juez a un mero silogismo jurídico.

De este modo la lógica formal que sostuvo en gran medida el esquema argumentativo comienza a ceder ante nuevas tendencias en las que se otorga gradualmente mayor importancia a cuestiones de lógica informal, a razones que más bien puedan ser aceptables dentro de un grupo social. En este esquema se encuentra inserta actualmente la argumentación jurídica.

En efecto, la importancia de la argumentación dentro de un Estado de Derecho radica en que a través de ella los juzgadores, quienes no cuentan con una legitimidad otorgada por el sufragio popular, ofrezcan las razones que sostienen sus determinaciones, a fin que tanto las partes como la sociedad en general, estén en aptitud de conocer la manera en que se aplicó el Derecho en el caso concreto.

De lo anterior, es dable destacar los esfuerzos contemporáneos de diversas voces en la doctrina procesal y constitucional quienes se han pronunciado por fortalecer esta tendencia *democrática* en los fallos judiciales, de forma que el lenguaje usado en las sentencias pueda ser asequible para el ciudadano *promedio*.

En este poder explicativo –por llamarlo de alguna forma– influyen de manera determinante tanto el lenguaje empleado por los juzgadores y el método de interpretación empleado, ya que resultan elementos indisolubles que convergen en la argumentación, pues ésta se nutre de aquéllos para ser consistente, coherente, y sobre todo, convincente.

Ahora bien, antes de proceder a analizar los elementos descritos que se estiman constituyen la materia esencial de la actividad argumentativa, conviene establecer qué puede entenderse por argumentación propiamente. Así, en el pensamiento del autor español Manuel Atienza, es “*una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis, que se trata de sostener o de refutar*”⁴².

Para las autoras Fuentes Rodríguez y Alcalde Lara se trata de “*un proceso discursivo por el cual el hablante ofrece una serie de enunciados como buenas razones para que su interlocutor crea u opine de una manera y no de otra, u obre en una dirección concreta*”⁴³.

En el pensamiento de Castillo Alva la argumentación consiste “*en esgrimir una serie concatenada de razonamientos convenientemente expuestos, para persuadir al destinatario de la veracidad o validez de una tesis que, por lo general, no está demostrada fehacientemente con anterioridad*”⁴⁴.

Según el autor Ernesto Galindo, la argumentación posee las siguientes características:⁴⁵

- a) Coherencia. La argumentación se funda en la existencia de premisas, las cuales son capaces de no provocar una respuesta absurda o contradictoria.

⁴²ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, 3ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, p. 83.

⁴³FUENTES RODRÍGUEZ, Catalina y ALCALDE LARA, Esperanza. *La argumentación lingüística y sus medios de expresión*. Arco-Libros, Madrid, 2007 p. 9.

⁴⁴CASTILLO ALVA, José Luis et all. *Razonamiento Judicial interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Ara Editores, Perú, 2006, p. 233.

⁴⁵Cfr. GALINDO SIFUENTES, Ernesto. *Argumentación jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez*. 3ª edición, Porrúa, México, 2010 p. 3.

- b) Razonabilidad. La conclusión que busca la argumentación debe ser proporcional al fin que busca. Su conclusión no puede ser arbitraria.
- c) Suficiencia. La argumentación debe poseer las premisas exactas que sean capaces de producir la consecuencia deseada.
- d) Claridad. Toda tesis argumentativa debe ser clara: no debe requerir interpretación alguna.
- e) Comunicabilidad. Hace referencia a que se trata de una técnica para la comunicación de puntos de vista e ideas.
- f) Alteridad. Intenta generar un cambio en el agente a quien va dirigida la argumentación, por lo que se realiza pensando en función del receptor.
- g) Procedimental. Se trata de un proceso constituido por una serie unitaria de secuencias racionales, y existen reglas para su concreción.
- h) Gramatical. Porque la argumentación se produce a través del lenguaje, sea verbal o escrito, y es necesario observar las estructuras y elementos inherentes.

Siguiendo al mismo autor, los fines de la argumentación, en breve resumen, son los siguientes:⁴⁶

- Define la posición de un sujeto respecto de una temática.
- Trata de comunicar a otros sujetos un juicio propio, a través de argumentos que deben ser aceptables y convincentes.
- Busca que la tesis propuesta sea admitida por el interlocutor, o bien,

⁴⁶Cfr. *Idem* p. 5.

justifica una acción o un hecho.

De las ideas transcritas se destacan los siguientes elementos:

1. La argumentación es una actividad persuasiva: pretende convencer en un sentido determinado ante la existencia de diferentes puntos de vista.
2. Sus elementos son los argumentos o razonamientos, que son los enunciados que sostienen el sentido de la conclusión.
3. Los enunciados, al quedar expuestos a una eventual crítica, deben poseer el contenido u orden pertinentes con el objeto de resistir de la mejor forma tales objeciones.

Así pues, puede establecerse que la argumentación es una actividad discursiva por la cual se pretende justificar una determinación, mediante el uso de razonamientos que bajo una circunstancia específica pueden ser tildados de *razonables* y por ende, convincentes.

La definición propuesta abre la puerta a un interesante debate en el cual vale la pena detenerse un momento: la distinción entre lo *racional* y lo *razonable*.

Se puede entender como *racional*, en sentido lato, aquellas proposiciones que se ajustan a las reglas de la lógica formal. Es decir, puede apuntarse que lo racional atiende a un criterio rígido, estricto y objetivo.

Como prueba de lo anterior, se tienen presentes los silogismos formales, mismos que se ven reflejados por la forma usual en que es aplicado el derecho: se tiene una premisa mayor (la norma jurídica), una premisa menor

(el hecho) y finalmente, una conclusión.

Sin embargo, gracias a autores como Perelman y Toulmin a mediados del siglo XX, se evidenció que para el Derecho, dentro de su inagotable evolución, el uso de la lógica formal no es suficiente. Se le tiene como un producto racional, sí, pero requiere ser *razonable* como ya se había adelantado.

Se insiste en este punto porque, a diferencia de las obligaciones “clásicas” por llamarlas de algún modo, de fundar y motivar, la argumentación presenta un esquema mucho más amplio, siendo también apreciable que, a la fecha, el deber de argumentar de un juez también puede constreñirse a un ámbito moral, aunque no exista –a la fecha– el mandamiento correspondiente en ley.

En efecto, motivación y argumentación no son sinónimas. Una buena argumentación comienza desde una redacción coherente, que permita identificar con precisión la litis planteada, las pretensiones de las partes así como las razones con que se buscan sostener, el fallo obtenido y sus alcances⁴⁷.

Por ello, una sentencia con argumentos demasiado técnicos, o con una redacción –incluso formatos– incómodos de leer o confusos también diluyen la posibilidad dialógica entre sociedad y juzgadores, por lo que el Derecho continúa apareciendo como algo distante. No se solicita el empleo de un lenguaje coloquial, pero sí una comunicación que permita tender un puente hacia la sociedad.

En este aspecto, del cual mucho se habla en el plano académico y en foro cabe hacer una precisión. Se coincide con el investigador Cáceres Nieto⁴⁸ en el

⁴⁷ *Infra* p. 113.

⁴⁸ Programa “Entre Argumentos”: *Argumentación y derecho*. Transmitido el 26 de mayo de 2011, consultable en la página de internet http://www.te.gob.mx/inicial/videos/Entre_argumentos.asp

sentido que al referirnos constantemente a la “sociedad”, se hace como si se tratase de un ente monolítico, cuando en realidad está constituida por diversas estructuras superpuestas, que representan visiones del mundo diferentes. Por ello, este investigador estima que al estar en imposibilidad de vulgarizar completamente un argumento, debe buscarse que el sector específico para el cual se encuentra dirigida una sentencia, en la medida de lo posible, sea comprensible.

Como se dijo, se está de acuerdo con la primera parte del argumento del citado investigador, por cuanto hace al mosaico multidimensional que constituye una sociedad: sin embargo, en nuestras sociedades democráticas contemporáneas —o que pretendan serlo—, la pluralidad no tiene porqué ser vista como un factor negativo, al contrario, es reflejo de una democracia auténtica cuyo principal reto debe ser la inclusión de esas minorías a las decisiones mayoritarias. Es decir, la pluralidad debe fortalecer un esquema verdaderamente democrático.

No obstante lo anterior, no se comparte el segundo punto de vista en cuanto la sentencia puede “especializarse” de algún modo conforme al público al que va dirigida, pues si bien el Derecho en la actualidad abarca diversas áreas y por ende cada una posee cualidades específicas que implican sujetos usuales a los que van dirigidos sus mandamientos, retomando el concepto de pluralidad, es dable establecer que puede encontrarse un punto que permita una afinidad común a todos los sectores. Se reconocen las diferencias, desde luego, pero debe conservarse en mente que los principios jurídicos, por ejemplo, rigen de forma general todo el sistema legal. De esta analogía es posible desprender que un buen argumento, sea la materia que se trate, puede ser entendible y asimilado no sólo por un sector específico, sino por la generalidad.

También una buena argumentación se distingue de una explicación porque mientras ésta da a conocer algo, o intenta describir un objeto para hacerlo más perceptible, la argumentación está diseñada para procurar convencer al oyente, a fin que éste pueda adherirse a la tesis propuesta. Por tanto, la argumentación puede basarse en una explicación, pero requerirá de otros elementos para que cumpla con su finalidad eficazmente.

La argumentación pues, bajo ese carácter persuasivo, permite considerar que la sentencia, en un primer momento, no se *impone*, sino que en primer término se legitima y en consecuencia su cumplimiento se facilita.

La argumentación también auxilia a fortalecer las expectativas de justicia de la sociedad, ya que a través del ejercicio argumentativo, los jueces tienen la capacidad de moldear las normas del sistema legal, incluso maximizarlas, dando lugar a efectos que, de inicio, no era posible prever.

De ahí que, como se sugiere en el tema central de este trabajo, determinados modelos de interpretación, como el garantista, deben ser extremadamente cautelosos, pues un gobierno judicial avanzaría en perjuicio de la certeza y el resto del sistema jurídico.

II. CAPÍTULO SEGUNDO. *El garantismo.*

Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas
Luigi Ferrajoli

Una vez que se han establecido las razones por las cuales se considera que las actividades realizadas en la institución procesal cuya culminación es la sentencia conforman la esencial del poder judicial, es turno de analizar el esquema garantista materia de la presente investigación, cuyo empleo suele utilizarse en dichas determinaciones con la finalidad –en principio– de favorecer al gobernado.

Para ello, en primer término, se realiza un análisis del origen de esta concepción garantista, lo cual nos remite necesariamente a la obra “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal” publicada en 1989 por el autor italiano Luigi Ferrajoli, a quien se le puede citar como fundador de esta corriente ideológica jurídica.

Sin duda, el garantismo puede ser analizado desde diversos ángulos, por lo que en la primera parte de este capítulo se realiza un esbozo general de dicha teoría, para posteriormente procurar aterrizar las nociones expuestas en la actividad jurisdiccional.

Es decir, se intentará describir cómo el garantismo ha sido un motor en la revolución contemporánea del pensamiento jurídico, pues la forma en que incide en las resoluciones judiciales ha generado nuevos debates respecto al poder real de los jueces, los alcances de los derechos humanos y la necesidad de una interpretación conforme ya no sólo la Constitución de cada Estado, sino

también a los instrumentos internacionales que hayan sido ratificados por éste (figura de convencionalidad).

Cabe adelantar que también se pretende evidenciar como, hasta cierto punto, la noción garantista se ha desvirtuado por algunos juzgadores, dado que el universo del garantismo no se limita a intentar aducir una interpretación favorable hacia el ciudadano en un caso particular, sino que trasciende hacia un espíritu democrático complejo, de carácter positivista frente al iusnaturalismo que podría aparentar.

2.1. Garantismo. Origen y elementos

Como se adelantó, la obra de Luigi Ferrajoli “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*” es la génesis de esta teoría jurídica, que como se abordará, puede ser analizada desde diferentes perspectivas.

De inmediato es necesario precisar que, aun cuando el título sugiere una teoría en torno a la materia penal, el garantismo expuesto por el autor italiano evoca una teoría del Derecho que puede fundamentar mejor el Estado Constitucional de Derecho. Es decir, si bien estima que los argumentos en los que se basa su teoría encuentran eco en la materia penal, lo cierto es que su amplitud permite abarcar el sistema jurídico en su totalidad, de forma integral.

Como un primer acercamiento, puede establecerse que el garantismo busca establecer instrumentos para la defensa de los derechos de los particulares frente a las posibles vulneraciones por parte de otros particulares, y más importante, por parte del poder estatal.

En un sentido más preciso, Ferrajoli utiliza la expresión “garantismo” en tres nociones⁴⁹: 1) como un modelo normativo de Derecho; 2) como una teoría jurídica; y 3) como una filosofía política; acepciones que son objeto de comentario a continuación.

Garantismo como modelo normativo de Derecho

⁴⁹FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Editorial Trotta, Madrid, 1995, págs. 851 y ss.

Un primer aspecto que llama la atención es el regreso de la idea kelseniana relativa a la separación tajante entre Derecho y moral: Ferrajoli argumenta que en la historia europea contemporánea, diversas políticas absolutistas como el nazismo o el fascismo a través de una identificación entre esos componentes resultaron ser extremadamente dañosas para la protección de los individuos y sus derechos. El Estado y el Derecho entonces no son en sí mismos valiosos, sino que requieren una justificación externa: necesitan erigirse como instrumentos al servicio de aquellos derechos.

Esta es precisamente una aparente contradicción del sistema garantista formulado por Ferrajoli: por un lado, pretende que el Estado sólo puede ser justificado o legitimado en la medida en que se oriente a proteger esos derechos y bienes individuales, pero niega el nexo con la moralidad y otros elementos iusnaturalistas como calificadores de la validez del sistema legal.

No obstante lo anterior, la tesis garantista es coherente al abandonar el esquema iusnaturalista, porque concibe al Estado como una red de garantías y derechos; es decir, éste positiviza los derechos fundamentales del individuo convirtiendo su respeto y realización efectiva en un vínculo al poder político: el naturalismo o la moralidad pierden su razón de ser en el sistema ya que las características benéficas que aportan ya se encontrarían contenidos en el derecho positivo y por ende, resultaría innecesario considerarlos.

Este cambio de paradigma, en el que el poder político se subordina a este nuevo Estado Constitucional de Derecho es fundamental para comprender adecuadamente la tesis ferrajoliniana. No sólo el “ser” sino también el “deber ser” de las normas se positiviza: dejan de ser principios o mandatos de optimización en abstracto para materializarse.

Ferrajoli sentencia: “*el Derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la política, sino que, por el contrario, es la política la que tiene que ser asumida como instrumento para la actuación del Derecho*”⁵⁰.

Garantismo como teoría jurídica

Ferrajoli considera a esta porción de su teoría como un “positivismo crítico”, en el cual considera el juzgador funge como un órgano garante frente al legislador: el juez tiene la facultad de remediar los errores del legislador, mismos que se reflejan en una normatividad que no es armónica con el esquema de protección a los derechos fundamentales.

Lo anterior se logra a través de redimensionar el concepto de “validez”, distinto de la justicia, la eficacia y la vigencia, como son descritos de la siguiente forma:

- a) Una norma es **justa** si merece una valoración positiva desde un criterio moral, extrajurídico.
- b) Una norma es **válida** si no adolece de vicios materiales o sustantivos; es decir si no contradice a una norma jerárquicamente superior.
- c) Una norma es **vigente** si no adolece de vicios formales: ha sido creada por un ente competente y mediante el procedimiento jurídicamente previsto.
- d) Una norma es **eficaz** si es observada por sus destinatarios.

Dentro del esquema garantista, la validez no es absoluta, sino relativa, pues su presunción de validez en realidad obedece al principio de certeza. Del examen de validez que se admite, el cual significa que los contenidos de las leyes son *como deben de ser* según el Derecho, el cual como quedó explicado, de

⁵⁰FERRAJOLI, Luigi “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y sus divergencias de la realidad”, en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. P. Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p.24.

acuerdo a la doctrina garantista, funge como un instrumento que permite la realización y observancia de los derechos fundamentales.

Se insiste, el juicio de moralidad que es propuesto en otras teorías y autores (por ejemplo Ronald Dworkin) es sustituido en el modelo garantista por una fe casi dogmática consistente en que el sistema legal contiene los mecanismos necesarios para asegurar la vigencia de esos derechos fundamentales, para así convertirse en un objeto moral *per se*.

Por ello, se advierte que Ferrajoli estima que la validez de la norma puede cuestionarse desde *dentro* del sistema, superando en esta examinación el elemento clásico de vigencia, para trascender en la protección real de los derechos fundamentales. De esta forma, el garantismo reclama de los operadores jurídicos, pero principalmente del juez y el jurista –entendido como el abogado postulante– una función crítica que les permita dilucidar si una norma no contraviene la protección de un derecho fundamental.

Siguiendo este orden de ideas, podría parecer que Ferrajoli aboga por una discrecionalidad fuerte de los jueces, sin embargo esto no es así. Si bien reconoce que una cierta discrecionalidad es insuprimible, ésta puede reducirse al mínimo mediante una técnica legislativa adecuada, a través de un esquema de estricta legalidad que, de algún modo, acote la vinculación del juez a la ley.

En este punto, es que la idea estricta legalidad, en materia penal, traduce esta exigencia en concepto del autor en comentario: el juez ve limitada su discrecionalidad conforme a lo establecido en la ley, sin que pueda actuar más allá del texto legal.

Como se advierte, Ferrajoli es un defensor férreo de la corriente positivista, aunque a final de cuentas, parezca, que ofrece una visión en realidad

naturalista-racional del sistema jurídico, como franca contradicción. Al respecto cabe destacar sus propias palabras:

“...un malentendido positivismo jurídico suele dar aliento a actitudes acríticamente dogmáticas y contemplativas frente al derecho positivo y sugiere al jurista la tarea de cubrir o hacer cuadrar sus antinomias en vez de hacerlas explícitas y denunciarlas... la perspectiva garantista, por el contrario, invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones...”⁵¹.

En este esfuerzo de la tesis garantista de sobrevalorar las posibilidades del lenguaje normativo, se fortalece la noción de estricta legalidad anunciada, ya que en función de ella se puede exigir que los jueces juzguen estrictamente jurídicamente: la aplicación de la ley deja de ser una cuestión de conciencia.

Así, la obligación jurídica del juez hacia la ley sólo es en relación con las leyes válidas además de vigentes, creando las siguientes situaciones:

- a) Ante una ley inválida, pero vigente, el juez (también el jurista) tiene dos posibilidades: realizar una interpretación restrictiva de la misma, procurando evitar la antinomia con la Constitución, de forma que se logre un resultado conforme al ápice normativo (aunque avala su conservación); y poner de manifiesto la antinomia y promover su anulación, aunque mientras no se produzca este efecto se estarían avalando decisiones cuestionables.

- b) Ante la ley válida pero infectiva (por ejemplo, ausencia de ordenamientos secundarios que permitan la realización efectiva de los mandamientos

⁵¹FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Op. Cit.* p. 853.

constitucionales), el juez puede dar una solución siempre con base en la Constitución, que fungiría como un apoyo legal para su determinación. Sin este apoyo legal, en opinión de Ferrajoli, no cabe otra solución que la denegación de justicia. En sus palabras: “*en la medida en que no se tiene a sus espaldas una legislación suficientemente precisa y unívoca, contradice en el mejor de los casos su sujeción a la ley... y se revela en el peor de los casos del todo imposible*”⁵².

A fin de clarificar el último supuesto, Ferrajoli señala como ejemplo, dentro de los derechos sociales, las prestaciones positivas: es decir, si una persona tiene derecho a recibir una pensión, pero ello no se encuentra tutelado incluso a nivel constitucional. Pese a que parezca “razonable”, o “justo”, el juez tendrá que fallar conforme al sistema legal y como refiere el tratadista, puede producirse un caso de denegación de justicia, al no contar el juzgador con los elementos que le permitan conocer debidamente de ese asunto⁵³.

En este sentido, al insistir la tesis ferrajoliniana en que el sistema legal necesariamente deberá recoger los derechos fundamentales así como los instrumentos que los garanticen, el juez puede quedar plenamente sujeto a la legalidad. El conflicto de conciencia, desde su postura, sólo podría darse desde el punto de vista interno, personal, del juzgador, si la validez se enfrenta con ciertos valores morales que él, en esa particularidad, encuentre valiosos, lo cual considera poco probable.

En su opinión, el proyecto garantista lanza un reto a la razón jurídica: las deficiencias e insuficiencias de la ley, deben ser el aliciente para la construcción de una nueva ciencia de la legislación que redimensione el papel

⁵²FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Op. Cit.* p. 920.

⁵³*Infra* p. 175. Como más adelante se critica, esta perspectiva es errónea, dado que la discrecionalidad del juzgador, al igual que el garantismo, pueden emplearse para encontrar una respuesta adecuada, y no como un derrotero justificativo frente a las imperfecciones legales.

de la ley y reinstaure una legalidad garantista, que pueda anclarse firmemente en los derechos fundamentales.

Garantismo como filosofía política

Dentro de esta acepción, se impone al Derecho y al Estado una carga de justificación externa conforme a los bienes e intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos.

Se insiste nuevamente en una doctrina “laica”, que separe la moralidad del fenómeno jurídico, entre validez y justicia, por lo que ello implica asumir un punto de vista únicamente externo, en el que la legitimación tanto de Estado como de Derecho se base en el cumplimiento y aseguramiento de los derechos fundamentales.

En ese tenor también debe señalarse que el garantismo concibe al Derecho como un modelo axiológico incluso previo a la Constitución: si bien en esa norma fundamental pueden encontrarse las respuestas y argumentos en última instancia, todo el cúmulo de legislación debe tender a esa protección: es esta la filosofía política que pretende recoger el garantismo. Por ello, se insiste en que la política, se subordine a este ideal jurídico, y a través de aquélla puedan cristalizarse las instituciones y elementos necesarios para que adquiera plena vigencia.

Ahora bien: ¿qué debe entenderse por un derecho fundamental? Dentro de la postura de Ferrajoli, se retoma el sentido kantiano: ser siempre un fin y nunca un medio. Refiere: “(son) *todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadano o personas con capacidad de obrar*”⁵⁴. También

⁵⁴FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2005, p. 19.

advierde que hay cuatro valores necesarios para las personas: vida, dignidad, libertad y supervivencia; los cuales a su vez se sirven de los criterios axiológicos de igualdad, jurídica, democracia, paz y la protección de los más débiles.

Por tanto, derechos fundamentales y sus respectivas garantías⁵⁵ son parámetros de medición en el progreso de una democracia, pues ésta evoluciona en sentido favorable en función de la expansión de esos derechos y su justiciabilidad, aspecto en el que la labor jurisdiccional es idónea para identificar las normas incompatibles con este esquema, o inclusive, ampliar o reconocer nuevos derechos⁵⁶.

Estado y Derecho se legitiman, entonces, en la medida en que observen los componentes enunciados anteriormente, así como en la forma en que puedan ser garantizados, para que esos derechos fundamentales, como comenta el propio Ferrajoli, no sean sólo papel.

⁵⁵ Para el autor en cuestión, las garantías son “*los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los derechos*”. Asimismo, refiere, que su elaboración es la tarea más complicada de la teoría como de la política garantista del derecho.

⁵⁶ En el caso es llamativo la situación *sui generis* que se advierte de la Constitución del Estado de Veracruz, ya que en su artículo 4, párrafo 3 señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 4. (...)

Los habitantes del Estado gozarán de todas las garantías y libertades consagradas en la Constitución y las leyes federales, los tratados internacionales, esta Constitución y las leyes que de ella emanen; **así como aquellos que reconozca el Poder Judicial del Estado**, sin distinción alguna de origen, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, condición o actividad social”.

Es decir, la Constitución local concede una función creadora y definidora a los jueces en función de los derechos humanos, lo cual si bien tiene un carácter vanguardista, también debe ser analizado con cautela en función de sus implicaciones, mismas que son objeto de comentario en el último capítulo de este trabajo.

2.2 Garantismo judicial.

Una vez que se han comentado los lineamientos generales de la teoría garantista, es necesario aterrizar esas ideas con mayor precisión en el ámbito judicial, recordando a su vez, de acuerdo a lo reflexionado en el primer capítulo: la trascendencia con que se encuentra revestida la función jurisdiccional.

El garantismo judicial se ha traducido, comúnmente, más como un método interpretativo que como un auténtico ejercicio judicial. Por ello no resultan extrañas las frases y comentarios en los que, tomando como base el término, se pretenda “maximizar”, “potencializar” y otros adjetivos similares, un derecho.

Ya que la rígida sujeción del juez a la ley es uno de los valores principales del garantismo y fuente de legitimación de la jurisdicción, el juzgador al momento de efectuar esa interpretación –sin perder de vista la estricta separación entre derecho y moral– debe considerar la totalidad del derecho positivo vigente para alcanzar la solución conforme a ese acervo y las circunstancias fácticas del caso. Es decir, ya no es posible hablar de una “respuesta adecuada” o una “respuesta razonable”. La respuesta alcanzada se produce a partir del sistema legal, sin que pueda examinarse su plausibilidad bajo otros criterios metajurídicos.

Aun en este contexto, conforme a la tesis ferrajoliniana, se exhorta a los jueces a desplegar cierta “inventiva” para tutelar los derechos fundamentales. Sin embargo, este pequeño salto extra-legal, se revierte porque al juzgador no le está permitido cubrir las lagunas estructurales del sistema legal. Es decir, si no existe un soporte legal que permita sostener esa determinación judicial, la inventiva es imposible. El modelo garantista fracasa.

Y es que, como se analizará en el siguiente capítulo, no sólo en diversas sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación puede advertirse una tendencia opuesta. En realidad, en diversos casos que se han jactado de esta noción “garantista” puede advertirse lo contrario, esto es, asuntos en los que, pese a existir una solución evidente en el sistema legal, se arriba a una conclusión no previsible de acuerdo a las premisas que intervienen en el caso.

En atención al presente apartado, a fin de procurar evidenciar una auténtica postura garantista, se estima conveniente el análisis del siguiente caso.

*La sentencia del Magistrado Arenas Bátiz*⁵⁷.

A diferencia de otros asuntos que han cobrado importancia y trascienden en el devenir jurídico bajo una denominación específica (Riggs v. Palmer) la resolución que a continuación se reseña es, a veces, mejor identificada de forma impersonal como la primer sentencia en nuestro país en la que se inaplicó un tipo penal contrario a los derechos humanos, conforme a un esquema garantista.

Para una mejor comprensión del asunto, resulta conveniente citar los antecedentes más relevantes del mismo:

I. Denuncia anónima. El 1° de noviembre de 2010 a las 7:20 horas aproximadamente, con motivo de una denuncia anónima, se informó a elementos de la Secretaría de Marina Armada de México que a bordo de una patrulla de seguridad pública de Santa Catarina, Nuevo León, se encontraba

⁵⁷Dictada el 8 de agosto de 2011, en el Toca Penal 43/11, Cuarta Sala Penal Unitaria del Poder Judicial del Estado de Nuevo León, con sede en Monterrey.

un elemento policiaco municipal informando a través de un equipo portátil, la ubicación del convoy de la referida Secretaría de Marina.

II. Interrogatorio de los elementos de la Secretaría de Marina. Una vez recibida la denuncia anónima, elementos de la Secretaría de Marina Armada de México se apersonaron en el lugar en que se encontraba estacionada la unidad policiaca municipal, e interrogaron al oficial de seguridad pública respecto de su actuar, a lo que éste confirmó que estaba vigilando los movimientos que realizaba el convoy.

III. Detención. Ante la afirmativa del oficial de seguridad pública, los elementos de la Secretaría de Marina procedieron a quitarle el equipo de comunicación portátil y el arma de fuego que portaba, con la finalidad de posteriormente fincarle responsabilidad penal.

IV. Segundas detenciones. Al poco tiempo de haber realizado esta primera detención, llegó al lugar otra patrulla de seguridad municipal, quien al divisar a los elementos de la Secretaría de Marina intentó huir, sin embargo no tuvo éxito ya que fue obstruida. Los dos oficiales de seguridad pública que iban a bordo del vehículo también fueron detenidos y desarmados.

V. Sentencia de primera instancia. El 8 de noviembre de 2010, seguido el procedimiento respectivo, el Juez Penal del Cuarto Distrito Judicial del Estado, con sede en el municipio de San Pedro Garza García dentro del toca penal número 247/2010-IV, dictó el auto de formal prisión en contra de los policías detenidos por la comisión del “Delito cometido contra instituciones oficiales y servidores públicos”, previsto en el artículo 192 del código penal del Estado. Asimismo, fue dictado auto de libertad por cuanto hace al delito imputado denominado “Delito cometido en la Administración y Procuración de Justicia”, previsto en el artículo 224 fracción V del mismo ordenamiento punitivo.

VI. Apelación. Inconformes con las determinaciones descritas en el párrafo anterior, tanto los acusados como la representación social interpusieron el recurso de apelación que a continuación se comenta.

Antes de proceder a describir los argumentos que sostienen la sentencia de apelación referida, cabe precisar que el primer tipo penal enunciado, “Delito cometido contra instituciones oficiales y servidores públicos”, sanciona a quien “aceche o vigile o realice actos tendientes a obtener información sobre la ubicación, las actividades, los operativos o en general las labores de seguridad pública, de persecución o sanción del delito o la ejecución de penas.” Este tipo penal se creó, esencialmente, para sancionar a los llamados “halcones”, que son personas que realizan labores de vigilancia callejera o de inteligencia para el crimen organizado.

En el caso del segundo tipo penal “Delito cometido en la Administración y Procuración de Justicia” sanciona a los servidores públicos administrativos o judiciales, por “no cumplir una disposición que legalmente se les comunique por su Superior competente, sin causa fundada para ello”; en el caso el Ministerio Público estimó que se perfeccionaba la conducta tipificada toda vez que los policías municipales utilizaron equipo de comunicación portátil (para informar los movimientos del convoy de la Marina) que no se les había asignado oficialmente, pese a que existía una orden de sus superiores de omitir su uso.

Hecho lo anterior, las consideraciones que sustentan el fallo en apelación, medularmente, son las siguientes:

- a) En primer término, se reconocen que los hechos imputados a los acusados actualizan la conducta que describe el primer tipo penal en comento, relativo al “halconeo” realizado por los policías municipales.
- b) Ahora bien, aunque la conducta es típica, no es antijurídica ya que en el asunto les asiste a los inculpados una causa de justificación, consistente en obrar en el cumplimiento de un deber: mantenerse debidamente informado de la problemática delictiva que se genera en el ámbito específico de su asignación, y reportar dicha información a las instancias correspondientes dentro de su corporación son deberes que deben cumplir de acuerdo con la ley, en lo específico, conforme al artículo 155 de la Ley de Seguridad Pública del Estado de Nuevo León.
- c) Asimismo, de la lectura del tipo penal en comento el transmitir a otro la información obtenida, como en el caso aconteció, no constituye un elemento del delito en estudio, ya que éste solo describe la conducta de “obtener información”, sin que haga referencia expresa su comunicación a otra persona⁵⁸. Incluso, aun en el supuesto que pudiese configurarse esa transmisión de información, en el caso, no se acreditó que efectivamente se hubiere transferido a un grupo delictivo, o con la intención de perjudicar un bien jurídicamente tutelado.
- d) Por lo que hace al segundo tipo penal cuestionado, relativo a la desobediencia en que puede incurrir un servidor público, respecto de una disposición que le comunique su superior competente sin causa fundada para ello, el magistrado lo estimó inconstitucional y por ende, que procedía su inaplicación en el caso concreto, con fundamento en el

⁵⁸Artículo 192 del Código Penal para el Estado de Nuevo León: Se impondrá una pena de dos a quince años de prisión y multa de doscientas a cuatrocientas cuotas a quien aceche o vigile o realice actos tendientes a obtener información sobre la ubicación, las actividades, los operativos o en general las labores de seguridad pública, de persecución o sanción del delito o la ejecución de penas.

artículo 1° de la Constitución Federal y el párrafo 339 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511: Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos.

- e) Así, en función del principio de legalidad penal y sus respectivos mandatos⁵⁹, se advierte que el tipo penal en comento es una “ley penal en blanco” pues autoriza a los servidores públicos de jerarquía superior que dicten las disposiciones cuyo incumplimiento será delito, pese a que corresponde única y exclusivamente al Poder Legislativo enunciar qué conductas podrán ser calificadas como tipos penales.

En consecuencia, se revocó el auto de formal prisión por cuanto hace al “Delito cometido contra instituciones oficiales y servidores públicos”, para decretar a favor de los acusados auto de libertad por falta de elementos para procesarlos, y respecto al “Delito cometido en la Administración y Procuración de Justicia” se confirmó por las razones apuntadas el auto de libertad previamente decretado.

Como se anunció, en el presente caso puede hablarse de un garantismo nato, ya que los razonamientos del magistrados Arenas toman como punto de partida el artículo 14 constitucional, para después fortalecer su tesis a través de diversos criterios jurisprudenciales sustentados por el Poder Judicial de la Federación, y culminar en una inaplicación con apoyo del artículo 1° Constitucional y una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, elementos todos los descritos positivizados, como lo exige la tesis ferrajoliniana.

⁵⁹En concepto del magistrado Arenas, a su vez, del referido principio, se desprenden los siguientes mandatos con jerarquía constitucional: 1) De taxatividad, traducido en la exigencia dirigida al juez para que se abstenga de aplicar las normas penales a los casos penales que no vengan expresamente previstos en las mismas, 2) De determinación, por el cual el legislador debe describir de manera clara y precisa las conductas antijurídicas así como sus consecuencias, y 3) De reserva de ley, consistente en el monopolio para el establecimiento de los delitos y penas a favor del legislador, es decir, el juez no puede configurar tipos penales más allá de la norma.

En efecto, si bien el contenido del artículo 1° de la Constitución Federal puede parecer, a primera vista, ambiguo y con una aplicación amplia o en la que pueden tener cabida con facilidad los juicios de moralidad, la sentencia descrita demuestra lo contrario. Es pues, un ejemplo de garantismo eficiente en el que los entonces acusados tienen acceso a una justicia verdadera, con apoyo del sistema jurídico en su integridad.

Sin embargo, este esquema de legalidad constitucional, ahora ampliado en términos de la convencionalidad a partir del artículo 1° de la Constitución, parece insuficiente, pues es redundante en normas positivizadas, excluyendo los elementos que también podrían intervenir para analizar y comprender mejor un asunto, sobre todo aquellos en los que el texto legal, por diversas razones, resulta insuficiente para alcanzar una respuesta adecuada.

Es decir, la posibilidad que los jueces, y operadores jurídicos en general, puedan aplicar directamente principios constitucionales en los casos concretos, sin esperar que el legislador regule en la ley tales principios si bien extiende una eficacia directa del mandato constitucional, ello no arroja algún aspecto clarificador en los casos en que esos principios no se encuentren en ningún texto legal, incluida la Constitución.

En otras palabras, puede imaginarse que el sistema normativo visto en su integridad, desde la óptica garantista, es una caja cerrada la cual estima su contenido es suficiente para resolver los problemas que se le enfrenten, minimizando los defectos, naturales, que pueda presentar.

Por ello, si bien la convencionalidad ha permitido ampliar el abanico de posibles interpretaciones *garantistas*, esta situación únicamente implica que la caja se ha hecho más grande, pero no que haya solucionado sus problemas.

Más espacio y más contenido no son la respuesta adecuada: al contrario, entre mayor número de elementos legales contenga, la posibilidad de contradicciones y falta de coherencia se incrementa. Un sistema jurídico eficiente, pues, no puede ser valorado en función de la cantidad de normas que contenga, pues al final el laberinto creado sólo generaría confusión y problemas tanto en su aplicación como observancia.

Se requiere, entonces, que la caja se abra a nuevas posibilidades. Debe permitir la injerencia de la moral y las virtudes, por ejemplo, para alcanzar de mejor forma sus objetivos. En ese momento ya no se hablaría entonces de una caja, sino de un espacio abierto en el que, si bien las reglas rígidas del sistema legal sean la base que brinde certeza en las actividades cotidianas, los principios y la razón sean el ingrediente elevado, disperso si se desea, que aporte un sentido de razonabilidad a los conflictos que pudieran existir.

2.3 Críticas al modelo garantista.

Si bien se han detectado algunas debilidades de la teoría garantista en torno a la actividad jurisdiccional, resulta conveniente hacer la síntesis del modelo garantista descrito, que complemente la crítica inicial. Así, en resumen, el garantismo propuesto por Luigi Ferrajoli contiene los siguientes elementos:

- a) En términos generales, es una teoría integral que pretende evidenciar la necesidad y utilidad que conllevaría establecer los instrumentos necesarios en el sistema jurídico que permitan asegurar la realización fáctica, desarrollo y expansión de los derechos fundamentales.
- b) Hace la separación entre Derecho y moral, argumentando que el sistema jurídico puede justificarse internamente al regular y garantizar los

derechos fundamentales, los cuales considera intrínsecamente valiosos, y por ende, alcanzado este esquema, la injerencia de la moral como valoración externa resulta innecesaria.

- c) En ese tenor, distingue entre vigencia y validez: mientras que el primer concepto describe una realización fáctica, esto es, la eficiencia de una norma al cumplimentarse por su destinatario, la validez examina su conformidad con el sistema legal en su integridad, el cual en este contexto, tendría un matiz garantista. Por ello, el garantismo conmina al juzgador a adoptar una actitud crítica: a realizar un examen minucioso de validez de las normas que pretenda aplicar a cada caso concreto.
- d) Estima que la discrecionalidad de los jueces debe restringirse, por lo que la técnica legislativa debe procurar reducir los espacios para una interpretación abierta en beneficio de la certeza jurídica, para alcanzar un ideal de legalidad garantista en que la normatividad, efectivamente, pueda dar una respuesta razonable a cada caso concreto.
- e) Por lo anterior, considera fundamental que sea la política, el ejercicio del poder en su conjunto, esté al servicio de este Derecho garantista y no viceversa, pues de otro modo no se puede alcanzar la ambiciosa meta de un Estado Constitucional Democrático de Derecho pleno.

No se comparten plenamente las ideas del tratadista italiano por lo siguiente.

- a) En principio, la finalidad garantista es ambiciosa y corresponde al objetivo de todo Estado de Derecho moderno, en el cual el ámbito democrático ha trascendido como una mera forma de gobierno hacia una forma de vida que promueve el desarrollo humano en todas sus vertientes. En el caso, se pretende que la piedra angular del Estado lo constituya el sistema jurídico que a su vez tutele de forma efectiva los

derechos fundamentales: que tales derechos se encuentren garantizados por el Estado tanto en su realización como en su protección.

En este aspecto, se reconoce la importancia del Estado, a través del ejercicio en su conjunto del poder, de crear y fortalecer los mecanismos que protejan los derechos fundamentales, lo cual se puede traducir en programas de desarrollo, mejoras legislativas y resoluciones judiciales adecuadas. Sin embargo, este esquema da un peso fundamental al sistema jurídico, y soslaya otros elementos que pueden ser de primer orden como lo es la moral y las virtudes, que también tienen influencia en los ejemplos enunciados.

Es decir, el sistema jurídico puede ser la base, como orden coactivo que es, del nuevo paradigma estatal y jurídico. Dadas sus características, puede dotar de certeza tanto a gobernados como gobernantes de la forma en que deberán conducirse con sus semejantes, y la forma en que deberán ejercer el poder que les ha sido conferido. Pero el sistema legal, por mucho que pueda mejorarse la técnica legislativa, necesariamente, tenderá a la vaguedad, no podrá contemplar todos los supuestos que eventualmente pudieran acontecer, o bien, podría descontextualizarse dando lugar a una injusticia. Son estos casos difíciles en los que el sistema legal, *per se*, no es capaz de dar una respuesta adecuada, y requiere la intervención de elementos meta-jurídicos que permitan encontrar dicha respuesta⁶⁰.

⁶⁰ En este punto puede destacarse el paradigmático asunto *Riggs v. Palmer* citado en la teoría de Ronald Dworkin: este caso escenifica de buena forma la manera en que, de no aplicarse los principios jurídicos y resolverse únicamente tomando en cuenta el texto normativo, se adoptaría una decisión injusta, o inadecuada si se desea. Una determinación que, en la generalidad, provocaría un sentimiento de malestar social y contraviene el ideal de ser del Derecho.

Por ende, si bien el sistema legal puede ser el punto de partida, tras un recorrido evolutivo coherente en el que se busque siempre la promoción y desarrollo constante de los derechos fundamentales, no puede ser el resultado final. Se requerirá, indefectiblemente, la intervención de esos otros elementos que –debe aceptarse– dieron origen al fenómeno jurídico: moral y principios⁶¹.

Por último, cabe destacar que es el propio Ferrajoli quien considera esta eventual crítica, al referir textualmente: “*En todo caso, con los valores no caben exorcismos: si se expulsan por la puerta, entran de nuevo por la ventana. Y en el fondo está bien que así sea*”⁶². Sin duda.

- b) Respecto a la separación entre derecho y moral, debe precisarse que Ferrajoli la justifica en una nueva perspectiva: no hace alusión a la negación total de toda conexión entre uno y otro, claramente insostenible dado que cualquier sistema jurídico expresa cuando menos la moral de sus legisladores. En su teoría, se hace énfasis en que la juridicidad de una norma (su validez conforme a su teoría) no se deriva de un examen de conformidad a la justicia, sino que ese análisis se realiza en función del propio sistema legal, el cual como se ha comentado, toma como núcleo los derechos fundamentales, así como su protección.

Así las cosas, de acuerdo a la postura de Ferrajoli, una vez que el derecho asimila las exigencias de la moral –reflejadas en los derechos fundamentales– y las ha encerrado dentro de las prisiones normativas,

⁶¹En realidad, principios y reglas (haciendo alusión a los textos legales) se complementan y son necesarios para el sistema legal. Mientras que el principio tiene una amplitud que permite una mejor adecuación a diferentes contextos, así como delimitación a sus alcances, la regla es precisa, de corto alcance, pero al ser concreta permite reducir una vaguedad relevante. Por ello, como señaló acertadamente el jurista inglés H.L.A. Hart en su *Postscriptum*: “*Por esta razón, tenemos reglas contra el homicidio y el hurto y no meramente principios que exijan el respeto por la vida humana y la propiedad*”.

⁶²FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Op. Cit.* p. 877.

debe separársele, ya que su intromisión resulta innecesaria: una vez que la moral ha sido utilizada, absorbida, por el sistema legal, se le discrimina. En este esquema el derecho, si se permite la metáfora, parecería un alumno ingrato el cual, una vez que considera ha aprendido lo suficiente del maestro, se arroja de arrogancia y pasa por alto sus consejos posteriores.

- c) En el garantismo, mientras que la vigencia tiene un carácter empírico, la validez es una valoración –conforme al esquema garantista– normativa. La crítica del teórico Riccardo Guastini al respecto, y se comparte, es precisa: *“el fenómeno de validez sustancial no es exclusivo de la relación entre norma y fuente: también se presenta en la relación entre normas y actos de aplicación, y en este caso la situación de valoración entre normas no resulta del todo clara”*⁶³. En efecto, al momento en que se busque perfeccionar la vigencia de una norma, llevarla a la práctica, entran en juego otros factores ajenos a lo estrictamente normativo que exigen un análisis sobre la viabilidad o no de su aplicación.
- d) El ideal que persigue reducir al máximo la discrecionalidad judicial, bien puede compartir el entusiasmo por un aparato judicial completamente mecánico, como si se tratase de una fórmula matemática en la cual se introducen pretensiones, después las pruebas aportadas y se obtenga al final un resultado. Sin errores de acuerdo a su programación, como cualquier máquina.

Esta concepción es la más alejada de una realidad jurídica razonable, pues niega la complejidad de la realidad social, la cual como ya se describió, no puede ser analizada o citada como una concepción

⁶³GUASTINI, Riccardo. “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (editores), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid, Trotta, 2007, p.246.

monolítica. Si bien es posible encontrar algunos valores, estratos de significación o ideales afines, el contexto en el que se desenvuelve cada caso es diverso a otro: ninguna controversia es exactamente igual a otra⁶⁴.

Por ello, es que se defiende la trascendencia de la discrecionalidad judicial, como el componente final que permite discernir, en cada caso, la aplicación más adecuada ya sea de una regla, o de un principio; determinación que no podría alcanzar un régimen mecanicista, o bien, un juzgador sin esta visión.

Desde luego, no se pierde de vista la invitación que hace Ferrajoli a jueces y juristas, a *ser críticos*. Sin embargo, debe recordarse que la crítica propuesta por el garantismo se circunscribiría entonces al sistema legal, excluyendo los ingredientes meta-jurídicos que como se ha venido comentando, resultan fundamentales no sólo para la solución de controversias, sino para promover la evolución y desarrollo del sistema legal en su integridad.

Finalmente, en este orden de ideas, también se puede advertir que la discrecionalidad de los jueces de menor jerarquía, se ve afectada ante los criterios de validez que emiten sus superiores jerárquicos, o en su caso, los órganos de control de la constitucionalidad. En la actualidad esta observación se disminuye al menos en parte gracias al llamado control de convencionalidad, que permite efectuar una interpretación conforme a los instrumentos internacionales de los cuales el Estado de

⁶⁴En este sentido es conveniente destacar, por ejemplo, la figura del “juez moral” de la filósofa estadounidense Martha Nussbaum, quien pretende evidenciar la importancia de las virtudes al momento de emitir un juicio, como la capacidad del juez de *ponerse en el lugar del otro: tomarlo en serio*.

que se trata forme parte, como más adelante se profundiza en el presente trabajo.

Por ahora, baste por señalar bajo este esquema la discrecionalidad judicial puede verse mermada, pero no puede extinguirse por completo, ya que ello, por las razones vertidas, representaría un error, pues implicaría un retroceso en perjuicio de los derechos fundamentales que el propio garantismo pretende tutelar y maximizar.

- e) En los tiempos contemporáneos, resulta difícil imaginar que el Derecho pueda someter a la política. Esta es, quizás, la noción más romántica del garantismo, aunque no por ello es de imposible realización. Las ventajas de ese escenario son múltiples: el derecho en el esquema garantista fungiría como una limitación al poder estatal, de forma que los más débiles puedan ser protegidos frente a los más poderosos.

Asimismo, esta idea también cobra fuerza cuando se compara ese ideal con el Estado de derecho liberal actual, al cual únicamente le ha preocupado, en lo primordial, la libertad de mercado mostrando una intervención reducida, lo cual ha generado como consecuencia el aumento de las desigualdades sociales, en perjuicio de los derechos fundamentales y los ciudadanos. En este ambiente de mercadeo político y oscurantismo estatal, también se obtiene como resultado la irresponsabilidad de la clase gobernante, quien sobrepone tales intereses económicos frente a los sociales.

En suma, conforme a lo anteriormente expuesto, es dable concluir afirmando que el garantismo tiene una fachada positivista, pero sus interiores pretenden, aun de manera implícita, acercarse al iusnaturalismo. Y es aquí donde surge

un punto primordial por el cual, se considera, que algunos juzgadores desvirtúan la esencia garantista: esta teoría invita al juzgador a ser crítico, de forma que sus observaciones contribuyan al desarrollo y evolución en pro de los derechos fundamentales.

Sin embargo, se debe insistir, este examen se realiza en función del mismo sistema, situación que no siempre sucede cuando algunos juzgadores enarbolan la bandera garantista y pretenden realizar interpretaciones fuera de aquél, citando elementos ajenos. Si bien su intención puede ser correcta, al procurar encontrar la interpretación que favorezca más un derecho o su ejercicio, no podría señalarse que se deba a un ejercicio garantista conforme a la teoría de Luigi Ferrajoli. Incluso un estudio bajo un esquema de convencionalidad tendría mayor aproximación al garantismo ferrajoliniano al partir de un instrumento internacional, una norma positivizada. Pero el uso de planteamientos morales y virtudes, no se encuentra contemplado por el garantismo.

Y es esa su mayor deficiencia. El garantismo, como también suele pensarse, no se opone al formalismo. Se sostiene en él, y por ende, a la larga, también adolece de los inconvenientes de una postura positivista. En el caso, pese a que se trate de remediar algunos de esos males al agregar el adjetivo “crítico” al positivismo mostrado por esta postura, al final la diferencia entre el naturalismo y el positivismo radica en el papel de la moral como elemento determinante de un ordenamiento jurídico. Y en el caso, como se explicó, no se le considera trascendente.

El siguiente caso puede ser utilizado como ejemplo para ilustrar las ideas expuestas.

Caso “Guardianes del Muro” – “Mauerschützen”⁶⁵

Como primer acercamiento al asunto que se plantea, debe imaginarse el contexto al finalizar la Segunda Guerra Mundial, en el que para asegurar la pacificación de Alemania, los países aliados optaron por fraccionar su territorio original a fin que los vencedores mantuvieran un control político y económico sobre tales regiones. La parte oriental terminó constituyendo, el 7 de octubre de 1949, la República Democrática Alemana⁶⁶, bajo control soviético, con lo cual se promovió un sistema estatal basado en ideales socialistas.

Con el objeto de asegurar la estabilidad e impedir la intromisión de “intrusos” del bloque occidental que pudieran poner en riesgo al régimen implantado, en agosto de 1961 se comenzó la construcción del llamado Muro de Berlín, (o muro de la vergüenza como lo llamó la República Federal Alemana – occidental–) cuya utilidad en la práctica consistió en impedir la migración masiva que marcó a los Estados que conformaban el Pacto de Varsovia, dadas las fuertes e incluso lesivas restricciones de las que usualmente era objeto la población en aras de la economía planificada.

Por lo anterior, es fácil suponer el interés de la RDA de mantener militarizado el muro, llegando incluso a consecuencias fatales para todo aquél que pretendiera alcanzar la Alemania occidental sin la autorización estatal correspondiente, a los que se consideraba como auténticos traidores.

Descrito el contexto histórico-político, los antecedentes esenciales del caso son los siguientes:

⁶⁵ Los comentarios aquí anotados se derivan de la versión abreviada de la traducción del alemán por Eduardo R. Soderó, en LUIS VIGO, Rodolfo. *La injusticia extrema no es derecho*, Facultad de Derecho, UBA, Argentina, 2004, pp. 73-99.

⁶⁶ RDA en lo sucesivo.

I. Intento de cruce de frontera. En la noche del 14 de febrero de 1972, hacia las 22:30 horas, un joven de 29 años de edad de Berlín Oriental, se había introducido al río Spree, sin ser descubierto, para cruzarlo a nado en dirección a la costa de Kreuzberg (Berlín Occidental).

II. Primera reacción de los guardias de la frontera. Dos soldados descubrieron al joven mientras él nadaba en medio del río, por lo que procedieron a llamarlo mediante gritos, sin que aquél respondiera a los guardias fronterizos.

III. Ataque de los guardias fronterizos. Ante la omisión de respuesta del nadador, ambos dispararon sobre éste al mismo tiempo, desde una distancia aproximada de 40 metros sin ponerse de acuerdo previamente de manera expresa y sin que se haya podido desmentir, posteriormente, que hayan existido disparos de advertencia.

IV. Consecuencias del ataque. Tras las ráfagas de disparos no se vio más al nadador, dado que fue alcanzado por un proyectil en la cabeza y se ahogó, sin que pudiese aclararse cuál de los soldados efectuó el disparo mortal.

Al día siguiente, en la madrugada del 15 de febrero, ambos guardias fueron dados de baja y se les recompensó con una medalla al servicio y un premio de 150 marcos.

V. Juicio ante el Tribunal Estadual. El Tribunal estadual consideró culpables a los soldados, sosteniendo que el acto era considerado como homicidio doloso cometido en participación de conformidad al Derecho Penal de la República Federal de Alemania, como el de la RDA, al aducir, esencialmente, que el uso de arma de fuego no había sido justificado en las circunstancias existentes.

VI. Recurso de Revisión. Inconformes ante el fallo descrito en el párrafo que

antecede, se promovió recurso de revisión ante la Corte Suprema Federal, la cual desestimó el medio de impugnación intentado al estimar, en lo toral, que la interpretación de la causa de justificación orientada según los derechos humanos no podría ser vista como una infracción contra la prohibición de retroactividad de la ley.

VII. Instancia constitucional. Toda vez que su pretensión no fue acogida, fue promovida la instancia constitucional respectiva ante el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, misma que es objeto de análisis a continuación.

De los antecedentes referidos, puede destacarse, en primer término que el tribunal de primera instancia consideró culpables a los soldados desde un enfoque eminentemente legalista, ya que conforme al derecho de la RDA, el uso de las armas de fuego sólo tenía cabida ante situaciones extremas, en las que se advirtiera un peligro o amenaza real e inminente, mientras que en la especie el nadador no representaba ninguna clase de riesgo para los soldados, de forma que el uso del arma de fuego resultaba ilegal.

Sin embargo, el caso es relevante ya que la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en función de los agravios planteados por los acusados, va más allá de los esquemas normativos para introducir cuestiones con una fuerte carga moral, lo que da como resultado un fallo con mayor robustez y racionabilidad; elementos que no habrían podido desprenderse del sistema jurídico *per sé*.

Tales argumentos, en síntesis, pueden agruparse en las dos siguientes temáticas:

- 1) *Cuestionable potestad punitiva de la RDA.*

Refiere que la RDA ejerció su poder punitivo en un contexto estatal en el que no se hicieron efectivas la democracia, la división de poderes ni los derechos fundamentales, por lo que la protección de la confianza en el actuar de los recurrentes, basados en que actuaron bajo el cumplimiento de un deber atentos a la orden de un superior, debe retroceder ante la justicia material.

Asimismo, aunque se reconoce que la prohibición de retroactividad en materia penal es absoluta, se advierte una excepción en el caso de la RDA ya que ésta ejerció su poder punitivo basándose en el Derecho de un Estado que no hizo efectivos ni la democracia ni la división de poderes, ni los derechos fundamentales. Por ello, ante este estado de cosas, el tribunal consideró que el portador del poder estatal estableció una extrema injusticia estatal, al no haberse observado en dicho régimen la protección a esos derechos fundamentales.

2) Moralidad.

A pesar de existir disposiciones con pretensión de ordenar determinadas conductas, cuya validez en el sentido formal no se cuestiona, estarían privadas de carácter jurídico por lesionar principios que valen con independencia de cualquier reconocimiento estatal; quien se comportase conforme a tales disposiciones resultaría merecedor de pena.

De acuerdo al nivel cultural de los recurrentes, se estima inaceptable como un hecho, que principios decisivos e indispensables para la vida humana en común, que pertenecen al inviolable núcleo esencial del derecho, no hayan sido conocidos para los autores al momento del hecho.

En este sentido, recalca, que el nadador se encontraba indefenso, y no representaba ninguna amenaza para los soldados ni para otro bien jurídico

generalmente reconocido; por ende, el tribunal considera que en los casos de una insoportable contradicción del derecho positivo con la justicia, el principio de la seguridad jurídica puede ser estimado como menos valioso que el de la justicia material.

Sin embargo, reconoce, que la privación de efectos del derecho positivo debe quedar limitada a extremos casos de excepción, y por ende, puede negarse desde el principio la obediencia a una norma a causa de su insoportable contradicción con la justicia.

En vista de lo anterior, el atentado contra el nadador indefenso es tan grave que ofende las convicciones jurídicas comunes a todos los pueblos acerca del valor y la dignidad del hombre.

Como conclusión, la subordinación del derecho a la vida del individuo frente al interés estatal en impedir el cruce de la frontera condujo a la postergación del mencionado derecho frente a las exigencias de conveniencia política. Esta es, en concepto del tribunal, la más grave injusticia material.

Por lo anterior, es que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania concluye que la justicia material es un elemento indispensable en el Estado de Derecho, por encima del derecho positivo, dentro de un esquema de corrección moral.

Visto lo anterior, puede resaltarse que, desde tiempos de Platón, se tiene presente que la ley jamás podrá abarcar con exactitud lo mejor y más justo para todos a un tiempo: se reconocen sus limitaciones naturales. El garantismo, aun con su buena intención, pierde este hecho de vista, y por ello, debe ser adoptado con mesura si se pretende invocarlo al momento de emitir alguna determinación jurisdiccional.

III. CAPITULO TERCERO. *Convencionalidad y garantismo judicial en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*

*La Constitución no es derecho natural, sino más bien
la manifestación más alta de derecho positivo*
Gustavo Zagrebelsky

Una vez que se han esbozado los lineamientos elementales en torno a la teoría garantista, así como visualizado algunas de sus deficiencias, es momento de acercar estas ideas al campo práctico; en lo específico a la actividad jurisdiccional desplegada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, quien a partir de 2008 comenzó a ostentarse con mayor apertura como un tribunal “garantista”, en función de las determinaciones adoptadas.

Ante esta postura, de vanguardia si se tiene presente que incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación había soslayado el calificativo, las críticas académicas hacia diversas resoluciones de ese tribunal electoral en menor o mayor medida han contribuido a esclarecer la clase de garantismo que el tribunal emplea –o al menos afirma emplear–.

Y es que, como comenzó a vislumbrarse en el apartado anterior, la tesis propuesta por Ferrajoli, en la práctica, no suele cumplimentarse adecuadamente. Es decir, se enarbola la bandera garantista pero desatendiendo los lineamientos propuestos por el doctrinario italiano. Luego, es posible que nos encontremos ante otro fenómeno, ya que el garantismo en sentido estricto, no se perfecciona.

Por ello, en el presente capítulo se pretende desarrollar, en primer término, la idea de convencionalidad, que parece estar más cercana a la fórmula de garantismo original, al estar inmersa –recordemos– en medios positivizados y dejar en segundo término principios jurídicos, cuestión que también ha sido

recurrente en el mencionado órgano jurisdiccional electoral y que desde luego ha sido objeto de numerosos debates.

Después, es necesario ocuparse del garantismo, tal y como lo ha comprendido el tribunal, en sentido estricto. Para este efecto, se desplegará un panorama general en el cual pueda constatarse la evolución de esta figura al momento de adoptar determinaciones, así como algunos de sus contrastes.

Es oportuno precisar que si bien el presente capítulo advierte algunos casos prácticos para clarificar mejor algunos puntos de vista, es hasta el siguiente apartado en el que se desarrollarán con mayor profundidad algunas sentencias dictadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que permitan evidenciar puntos torales del trabajo, y a su vez, puedan fungir como base a las conclusiones planteadas posteriormente, pues debe advertirse que el derecho procesal electoral en México es todavía muy reciente, por lo que en esta materia, con mayor frecuencia que en cualquier otra, la jurisprudencia y los precedentes judiciales tienden a orientar el criterio del juzgador.

Finalmente, se hace la interrogante si el lenguaje de las sentencias no podría ser otra forma de garantismo judicial: es decir, si dentro de un esquema integral de acceso a la justicia todo gobernado tiene derecho a una sentencia escrita de forma breve –en lo posible– con un lenguaje, que si bien no caiga en la simplicidad general, pueda ser comprensible, dado que, como puede observarse en la actualidad, incluso para los propios juristas en casos las sentencias son oscuras y confusas, requiriendo a veces incidentes de aclaración de sentencia para definir algún aspecto que, la mayor de las veces, pudo precisarse desde un inicio.

3.1. La reforma de 10 de junio de 2011 al artículo 1° constitucional: principio de convencionalidad.

El tema del control de la convencionalidad, si bien ha cobrado auge en los últimos años, en realidad ello no es un aspecto novedoso, pues ya se encontraba regulado –si bien no de forma expresa– en el sistema jurídico mexicano.

Se afirma lo anterior, toda vez que el artículo 133 de la Constitución Federal establecía (antes de la reforma de 10 de junio de 2011) la jerarquía de los tratados internacionales sobre los ordenamientos de índole general y federal, exceptuando desde luego la misma Constitución, por lo que puede decirse que esta reforma hizo *positiva* la convencionalidad tácita preexistente⁶⁷.

A partir de la citada reforma constitucional, el artículo 1° fue modificado en ese orden de ideas para disponer en sus párrafos segundo y tercero lo siguiente:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

⁶⁷ En efecto, se tiene presente la tesis aislada P. IX/2007 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV. Abril de 2007, página 7, cuyo rubro es: “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”.

Según se aprecia de la porción normativa transcrita, bajo un matiz garantista se buscó ampliar el catálogo de derechos humanos vinculantes directamente ante las autoridades del Estado Mexicano, logrando la sistematización jurídica de todas aquellas normas que tienen carácter fundamental por tratarse de derechos humanos y que no se encuentran en el texto fundamental.

Ello implica que los derechos humanos reconocidos vía tratados y que ya forman parte del orden jurídico mexicano, adquieren protección y reconocimiento a nivel constitucional. Es decir, los derechos humanos de carácter convencional se vuelven vigentes y directamente vinculantes para todas las autoridades, desapareciendo cualquier jerarquía entre éstos y la norma constitucional, pues gracias al criterio de interpretación conocido como “*principio pro personae*” se debe realizar una interpretación armónica de los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales y en consecuencia se debe siempre preferir la norma que contenga una protección más amplia cuando se trate de reconocer derechos y la menos restrictiva, cuando se trate de limitarlos⁶⁸.

Cabe precisar que un factor detonante para dicha reforma, fue la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*, en cuyo párrafo 339 se estableció la obligación a cargo de los jueces mexicanos de

⁶⁸ Dada la trascendencia de este llamado “cambio de paradigma” resulta necesario destacar que marcó la pauta para el inicio de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, conforme al Acuerdo General número 9/2011 de 29 de agosto de 2011. En esa guisa, resulta ilustrativa la tesis aislada III.4o.11K del Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región con Residencia en Guadalajara, Jalisco, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, Enero de 2013, tomo 3, página 2089, la cual lleva por rubro: “JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. LA OBLIGATORIEDAD DE LA EMITIDA ANTES DE LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 1o. Y 103, DE DIEZ Y SEIS DE JUNIO DE DOS MIL ONCE, EN RELACIÓN CON EL 133, TODOS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, SE SUJETA A QUE AQUÉLLA SEA ACORDE CON LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS POR LA CARTA MAGNA Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE LOS QUE EL ESTADO MEXICANO SEA PARTE (INAPLICABILIDAD DE LA TESIS 2a./J. 108/2010)”.

aplicar *ex officio* el llamado control de convencionalidad en los siguientes términos⁶⁹:

“...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana de Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”.

De las ideas anteriores, es posible advertir que el control de convencionalidad consiste en el deber jurídico de las autoridades de buscar la protección más amplia a los derechos humanos a la luz de los instrumentos internacionales que hayan sido adoptados por el Estado frente a las interpretaciones u ordenamientos locales que los limiten o restrinjan.

Ahora bien, sin ánimos de rebasar los lindes temáticos de la presente investigación, dado que el tema de convencionalidad es extenso, es necesario precisar en lo que interesa, la forma en que esta figura se refleja en la actividad jurisdiccional, de manera específica en el ámbito electoral, y la relación de la convencionalidad con garantismo; así como la relación que guardan estos términos con los derechos humanos. Para ello, también cabe hacer la precisión que a continuación se señala.

Garantías individuales y derechos humanos

Antes de la entrada en vigor de la referida reforma constitucional, el Capítulo I del Título Primero de la Constitución Federal tenía por nombre “*De las garantías individuales*”, para después evolucionar en “*De los derechos humanos y sus garantías*”, texto vigente al día de hoy.

⁶⁹ *Supra* p. 64. Sentencia del Magistrado Arenas.

Pese a que puede aparentar que la distinción es artificial, toda vez que como quedó asentado anteriormente, el garantismo versa sobre la maximización o interpretación más favorable de *derechos o facultades* sin especificar si se trata de un derecho humano, o una garantía individual, es conveniente detenerse un momento para advertir sus diferencias, y la forma en que esta incide en el ejercicio argumentativo e interpretativo garantista.

De forma breve, las diferencias más importantes a considerar entre ambos conceptos son las siguientes:

Derechos humanos	Garantías individuales
1) Universales. Su ámbito de validez espacial es inespecífico.	1) Generales. Tienen un ámbito de validez territorial específico.
2) Naturalismo. No siempre se encuentran contenidos en normas.	2) Positivas. Se encuentran sujetas a un régimen de derecho positivo.
3) Permanencia. Se estima que no pueden ser limitados bajo ninguna condición.	3) Eventualidad. Pueden ser limitados o suspendidos.
4) Especificidad. Protegen a la persona en su calidad de ser humano, atendiendo a sus características esenciales como lo es la libertad y la dignidad.	4) Amplitud. Protegen también a los entes jurídicos colectivos, pues se consideran como <i>personas</i> : sujetos susceptibles de derechos y obligaciones

Como se advierte del cuadro anterior, los derechos humanos poseen un esquema de protección mucho más amplio, pues como se advierte del punto 2), están imbuidos de una esencia iusnaturalista, lo cual conlleva a considerar factores metajurídicos que permitan identificar tanto su utilidad como su valor, y que a la postre, permiten identificar situaciones que exigen su reconocimiento como derechos humanos.

Hecha la precisión anterior, y retomando la idea principal de acuerdo al tema que se desarrolla, resulta necesario mencionar que derivado del caso relativo a la desaparición forzada del ciudadano Rosendo Radilla (conocido comúnmente como caso Radilla), la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó el catorce de julio de dos mil once resolución en el expediente Varios 912/2012 en la que se especificó una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada en el caso referido ante la duda que generó la inexistencia de normas legales expresas que regulasen su ejecución, y la importancia que dicho caso reviste para el orden jurídico nacional; es decir, se señalaron los lineamientos bajo los cuales se desarrollaría la actividad de convencionalidad, sin coordinación con los demás poderes estatales.

Sentencia Varios 912/2012

Los puntos medulares del fallo de mérito son los siguientes:

- a) Que ese Alto Tribunal, en principio, se somete plenamente al fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dado que no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada en sede internacional, es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso. Refiere de forma expresa: “...*por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos*”.
- b) Que las obligaciones para el Poder Judicial como parte del Estado mexicano, identificadas de forma enunciativa y no limitativa son:
 - Los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

- Deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos.
 - El Poder Judicial de la Federación deberá implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco.
- c) Que en el caso mexicano, si bien el control de la constitucionalidad se ejerce de manera exclusiva por el Poder Judicial de la Federación, de acuerdo los artículos 1° y 133 Constitucionales (bajo la reforma de 10 de junio de 2011), los jueces bajo el nuevo esquema de convencionalidad, se encuentran facultados a dejar de aplicar normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos. Asimismo, se consideran las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; vinculantes si el Estado Mexicano fue parte y orientadores en los demás casos.
- d) Que la interpretación en el modelo de convencionalidad puede advertirse en 3 modalidades: interpretación conforme en sentido amplio y estricto, e inaplicación al caso concreto.
- e) Que con relación a la restricción interpretativa del fuero militar, se consideró que éste no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles.
- f) Que en lo atinente a las medidas administrativas que deberá implementar el Poder Judicial de la Federación, esencialmente, lo constituyen cursos de capacitación a su personal en torno al tema, pudiendo ser extensivos tanto a los poderes judiciales de las entidades federativas como al público en general.

De las ideas reseñadas, debe enfatizarse que la esencia del control difuso de convencionalidad no implica declarar que una norma es inconstitucional, sino más bien decir que en un caso concreto aplicarla lleva a consecuencias contrarias al orden jurídico de mayor jerarquía; esto es, debe tenerse presente la noción particularista que distingue al control de convencionalidad, de forma que es el juez quien, atendiendo a las circunstancias del caso, determine la viabilidad o no de hacer valer el control de convencionalidad.

Otro aspecto que conviene destacar, es la oficiosidad con la que este control puede –más bien, debe– efectuarse. Este esquema, luego, otorga un poder magnificado al juzgador al momento de dictar sentencia, ya que pese a la omisión de las partes de plantear algún argumento que implique su valoración en convencionalidad, el juzgador debe efectuar su análisis, en aras de la progresividad de los derechos humanos, lo cual puede entenderse en procurar la protección más amplia al gobernado.

Esta noción reviste de una importancia particular, ya que ante una legislación que contravenga derechos humanos, o bien, una omisión legislativa trascendente, corresponde al juzgador encontrar la interpretación y los argumentos atinentes para sustentar una determinación que, a un tiempo, sea razonable y logre esa protección que busca el control de convencionalidad. Sin recurrir a eufemismos, los jueces tienen el deber de corregir las deficiencias legislativas (en materia de convencionalidad) en los asuntos sometidos a su jurisdicción. Pero, ¿hasta qué punto una presunta voluntad de buena fe puede tornarse en arbitrariedad judicial?

En el caso del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la convencionalidad ha sido fuente de diversas determinaciones, aunque en

algunas este ejercicio argumentativo sea cuestionable, como se pretende evidenciar en el siguiente asunto.

*Expediente SUP-JDC-695/2007: el caso Hank Rhon*⁷⁰.

La temática litigiosa lo constituyó la aparente contradicción entre los artículos 41 y 42 de la Constitución estatal del Estado de Baja California, los cuales establecen –en lo que interesa– lo siguiente:

ARTÍCULO 41.- Para ser Gobernador del Estado se requiere:

I.- (...)

VI.- No tener empleo, cargo o comisión en el Gobierno Federal, Estatal o Municipal, en los Organismos descentralizados municipales o estatales, o Instituciones educativas públicas; salvo que se separen en forma provisional, noventa días antes del día de la elección.

ARTÍCULO 42.- No podrán ser electos Gobernador del Estado: (...)

Los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, Diputados locales, Presidentes Municipales, Síndicos Procuradores y Regidores de los Ayuntamientos durante el período para el que fueron electos; aun cuando se separen de sus cargos; con excepción de los suplentes siempre y cuando éstos no estuvieren ejerciendo el cargo.

Conforme a las hipótesis normativas transcritas, en un primer caso, para ser gobernador se permite que el ciudadano se encuentre ocupando un cargo en el gobierno municipal, entre otros, siempre y cuando se separe de forma provisional 90 días antes del día de la elección; en tanto en el segundo caso se establece como condición de inelegibilidad el que el ciudadano funja como Presidente Municipal, aun cuando se separe de su cargo, sin establecer alguna

⁷⁰ Si bien se tienen presentes las posturas contenidas en los textos de los autores Pedro Salazar Ugarte (*Reflexiones sobre la teoría garantista a la luz de algunas decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*) y Alfonso García Figueroa (*Interpretación conforme a la Constitución. Antinomias y lagunas: Caso Hank Rhon*), quienes en sendos artículos atacaron y defendieron el fallo en cuestión, los comentarios y conclusiones son propios.

temporalidad al respecto dado que se entiende que la prohibición prevista en el referido numeral es absoluta, excepto por la misma salvedad prevista.

En el caso en comento, Jorge Hank Rhon fungió como Presidente Municipal del Ayuntamiento de Tijuana en el periodo 2004-2007, y pretendió contender en la elección de gobernador a celebrarse en el año de 2007, para lo cual se separó del cargo oportunamente en atención a lo previsto por el artículo 41 referido de la Constitución local.

Tras recorrer la secuela procesal correspondiente, el asunto fue del conocimiento de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación a través del expediente identificado con la clave SUP-JDC-695/2007. El antecedente procesal próximo y acto impugnado en el juicio de mérito lo constituyó la sentencia del tribunal electoral estatal por la que se revocó el registro del citado ciudadano, esencialmente, en atención al contenido del artículo 42 del mismo ordenamiento constitucional mencionado, esto es, la prohibición para ser electo gobernador del Estado respecto a los ciudadanos que no han concluido su encargo público, entre los que se encuentra el de Presidente Municipal.

Las consideraciones en las que se basó la Sala Superior para revocar el fallo impugnado y conceder el registro a Hank Rhon, en lo medular, fueron las siguientes:

- a) Como advierte el autor Pedro Salazar, en ese momento (2007) el tribunal estaba impedido para realizar control de constitucionalidad sobre leyes, debido a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación había determinado que sólo ella podría verificar la conformidad de una ley electoral con la Constitución.

- b) Por lo anterior, la Sala Superior procedió a realizar un ejercicio de convencionalidad: realizó el análisis para demostrar que el artículo 42 párrafo tercero de la Constitución estatal preveía una restricción que no encontraba sustento en el sistema jurídico de conformidad con los instrumentos internacionales signados por el Estado mexicano.
- c) En este ejercicio, aunque se tomó en cuenta el artículo 35 fracción II de la Constitución Federal para establecer que el derecho al voto pasivo como prerrogativa de los ciudadanos mexicanos, en realidad no se realizó una confrontación directa entre ambas cartas magnas. De este modo, la Sala consideró que el citado artículo 42 era contrario, en especial, a los artículos 1º, 2º, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mismos que forman parte del sistema jurídico mexicano.
- d) La Sala afirmó lo anterior, al estimar que la prohibición contenida en el artículo 42 multicitado prevé *“una limitación que no corresponde ni a calidades intrínsecas de la persona, ni resulta necesaria, proporcional e idónea para tutelar alguno de los principios rectores de cualquier elección”*⁷¹. En otras palabras, en su perspectiva, dicho artículo hace nugatorio el derecho del ciudadano a ser votado.
- e) Por ende, al contrastar su contenido con el artículo 41 del ordenamiento constitucional local, que permite la separación del cargo a fin que no se trastoque la elegibilidad del ciudadano, la Sala razonó que ese texto legal aportaba mayor beneficio al ciudadano, al no limitar su derecho al voto pasivo dado que *“en un Estado de Derecho la tendencia en los ordenamientos jurídicos y la interpretación jurídica apunta a lograr la mayor libertad posible en el ejercicio de los derechos fundamentales de*

⁷¹ Foja 263 de la sentencia recaída al expediente identificado con la clave SUP-JDC-695/2007. Puede ser consultable en el portal de internet del órgano jurisdiccional.

*los gobernados, de manera que el juez debe resolver mediante la aplicación de la norma que mejor proteja la libertad, o que la haga posible en mayor medida*⁷².

- f) Como resultado, se revocó la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California, y se confirmó el registro primigenio otorgado a favor de Jorge Hank Rhon, como candidato a gobernador por esa entidad postulado por coalición “Alianza para que vivas mejor”.

En efecto, como describe Pedro Salazar, al final del recorrido efectuado, el resultado es idéntico al de un control de constitucionalidad: aunque en la práctica la decisión sólo valiera para este caso, el artículo 42 en estudio quedó sin efectos: se inaplicó a este caso concreto.

Ahora bien, lo llamativo del control de convencionalidad en el presente asunto, es, por un lado, que fue invocado para esquivar la prohibición para realizar control de constitucionalidad impuesta por la Suprema Corte, y por otro, que si bien maximiza un derecho electoral –el voto pasivo– no se reunían las condiciones necesarias para que el fallo adquiriera un nivel relevante de plausibilidad y razonabilidad.

Respecto al primer comentario, conviene recordar por un momento el fallo del Magistrado Arenas: bajo un esquema integral de convencionalidad, no soslayó la Constitución Federal, ya que los principios penales bajo los cuales se fundamenta su decisión fueron extraídos de ella. Los instrumentos internacionales son invocados para dar mayor solidez a la determinación, y fungen finalmente como el armazón que permite dar forma definitiva a su razonamiento. Son pues, el punto de llegada de su línea argumentativa.

⁷² *Idem*, páginas 279-280.

En cambio, en la sentencia de Sala Superior, como se explicó, la Constitución Federal toma un rol secundario. Claro, puede argumentarse que se trató de un ejercicio de convencionalidad, y que por ende la Constitución no tiene por qué ser tomada en cuenta de forma relevante. Sin embargo, esta postura no es coherente con la misma esencia de convencionalidad, debido a que esta práctica jurisdiccional parte, en principio, del bloque de constitucionalidad contenido en la Carta Magna.

Dicho de otra forma, la convencionalidad tiene una función de supletoriedad y complementariedad a ese cúmulo de derechos humanos reconocidos en el ámbito nacional, pero no puede sostenerse por sí misma. En primer término toda pretensión debe invocarse en función del derecho estatal, y sólo en caso que éste resulte insuficiente o bien, se encuentre menos limitado en un instrumento internacional, puede acudir a éste.

En el caso puede ser comprensible que el tribunal electoral haya soslayado esta situación por el ánimo de eludir la prohibición de la Suprema Corte de dejar intocado el control de constitucional. Sin embargo, pese al ejercicio argumentativo desarrollado, éste no puede merecer el calificativo de un mero control de legalidad, dado que como se explicó, la convencionalidad incide, necesariamente, en la Constitución Federal.

Por cuanto hace a la segunda cuestión planteada, relativa a la falta de idoneidad del sentido del fallo, se advierte que la solución alcanzada en el asunto comentado resulta innecesaria: puede alcanzarse el mismo resultado a través de otro ejercicio argumentativo, tal vez menos llamativo, pero también más preciso.

En el voto concurrente formulado por el Magistrado Nava Gomar, entre otras cuestiones, si bien no se reconoce plenamente que exista una antinomia abierta entre los artículos 41 y 42 reseñados, de cualquier forma se explica que de forma hipotética el posible conflicto quedaría resuelto con la aplicación del criterio cronológico para la superación de antinomias, el cual parte del principio que frente a normas de igual rango jerárquico y que regulen igual materia con la misma amplitud, la voluntad expresada en segundo término supera a la manifestada en un principio: *lex posterior derogat legi priori*.

En la especie, el Decreto número 35 publicado en el Diario Oficial de Baja California el 15 de enero de 1999 dio a conocer las reformas de algunos artículos de la Constitución de esa entidad federativa, entre los que se encontraba el 41, consistiendo, precisamente, en la adición de la fracción VI de ese numeral. Asimismo, se modificó el artículo 42, sin embargo, este artículo fue objeto de reforma nuevamente mediante el Decreto 99 publicado en el mismo medio de difusión oficial el 4 de octubre de 2002. De este modo, se concluye, la reforma recaída al artículo 42 supera a la del 41 y por ende, hasta este punto, tendría que prevalecer. Sin embargo, como se dijo, el votante no reconoce la existencia de conflicto normativo entre ambas hipótesis legales: la solución aportada es hipotética.

Esta solución es adecuada, e incluso fue utilizada por la instancia local –el Tribunal Electoral de Baja California– para revocar el registro otorgado a Hank Rhon. Es una solución legalista o formalista, si se desea utilizar algún calificativo, pero es ajustada a Derecho.

Retomando el sentido del voto concurrente, el Magistrado Nava supera el argumento hipotético introducido al referir que, si bien conforme la interpretación gramatical la prohibición es tajante y no admite lugar a dudas, mediante los métodos interpretativos sistemáticos y funcionales, se justifica el

rechazo a esa prohibición. Es decir, de un enunciado que en principio no admite réplicas, se arriba al significado completamente opuesto. Y es que, debe mencionarse, el corolario del Magistrado Nava en atención al recorrido argumentativo que expone, es el hecho que deja entrever una inclinación o simpatía relativa al tema de la reelección. Los siguientes párrafos son elocuentes al respecto⁷³:

“Esta circunstancia se convierte en un motivo para tener en cuenta los deseos del electorado al tomar decisiones inherentes a la función pública. De este modo, la posibilidad de ocupar otro cargo de elección popular es un incentivo para anticipar el juicio futuro del electorado sobre las políticas realizadas.

Una nueva elección permite a los votantes expresar su preferencia o rechazo a la política pública llevada a cabo por el candidato, en un cargo anterior.

El juicio de los votantes versa sobre el desempeño del candidato en sus cargos anteriores, de manera que si ello tuvo lugar hace más de un lustro, es poco factible que la ciudadanía pueda emitir un juicio informado, con lo cual se diluye un factor primordial de control del representado frente al representante”.

Se estima innecesario realizar algún comentario en torno a la línea argumentativa expuesta por el concurrente a fin de arribar a la conclusión que la prohibición expresa en el artículo 42 de la Constitución bajacaliforniana no debe aplicarse. En realidad, lo que llama la atención es que se haya hecho un recorrido alterno para expresar preferencias personales⁷⁴, cuando la solución propuesta, aun de forma “hipotética” es adecuada y razonable en el presente asunto, de forma que la convencionalidad, en realidad, no tendría que haber

⁷³ *Idem*, página 358.

⁷⁴ Un comentario a favor de la reelección por parte del Magistrado Nava Gomar también puede advertirse en la transmisión del programa “Estado Constitucional de Derecho y Garantismo” de la Serie “Entre Argumentos”, transmitido por 1ª ocasión el 3 de enero de 2008. Puede consultarse en la liga http://www.te.gob.mx/inicial/videos/Entre_argumentos.asp

sido invocada dado que el derecho nacional contaba con los elementos suficientes para dar respuesta a la controversia planteada⁷⁵.

No obstante lo anterior, todavía queda pendiente el tema de los derechos humanos, y la forma en que estos pueden contraponerse a la norma positivizada, como se ha referido en ejemplos de capítulos anteriores. Es en estos casos difíciles en los que deben entrar en juego otros factores que permitan esclarecer la necesidad o utilidad de dotar de un nuevo significado, alcance, o incluso inobservar –como se resolvió con el ciudadano Hank Rhon– una norma jurídica específica.

Esta es una interrogante que se intenta responder en el último capítulo de este trabajo. Pero cabe adelantar que, por las razones esgrimidas en su oportunidad, no se comparte la decisión de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

⁷⁵ Al respecto, esta subsidiariedad de las normas supranacionales aludida encuentra sustento en la jurisprudencia 172/2012 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, página 1049, con rubro “DERECHOS HUMANOS. SU ESTUDIO A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011, NO IMPLICA NECESARIAMENTE QUE SE ACUDA A LOS PREVISTOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, SI RESULTA SUFICIENTE LA PREVISIÓN QUE CONTENGA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, así como en la tesis aislada II.3o.P.2 K del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, publicada en el mencionado semanario, misma época, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 2, página 1388, con rubro “DERECHOS HUMANOS. SI EN EJERCICIO DEL PRINCIPIO PRO PERSONA, EL JUEZ ADVIERTE QUE AQUEL QUE SE DICE TRANSGREDIDO ESTÁ PROTEGIDO POR LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, DEBE APLICAR DIRECTAMENTE LA NORMA INTERNA Y SÓLO DESPUÉS ACUDIR SUBSIDIARIAMENTE A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES”.

3.2 Panorama del garantismo judicial en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

La historia del garantismo judicial en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es reciente, pues data de algunos lustros a partir de su incorporación al Poder Judicial de la Federación mediante la reforma constitucional de 21 de agosto de 1996. Es decir, desde la judicialización formal de la materia contencioso electoral a la fecha, han transcurrido 17 años. Un periodo pequeño si se le compara con la tradición y devenir histórico de otras áreas jurídicas.

Para efectos de la presente investigación, se estiman figuras de menor relieve los antecedentes del órgano jurisdiccional en comento: el Tribunal Federal Electoral y el Tribunal de lo Contencioso Electoral, toda vez que es hasta la época de la referida incorporación en que el despliegue de criterios llamados garantistas se profundiza y cobra mayor auge.

Como resultado del esfuerzo institucional y jurisdiccional, se tienen al mes de febrero de 2014 registradas en el motor de búsqueda por Internet del referido tribunal 228 elementos, entre tesis aisladas y jurisprudencias.

Este dato resulta ilustrativo para comprender mejor la naturaleza de la materia electoral. Como ya quedó asentado, a diferencia de otras áreas jurídicas con mayor arraigo académico y mejor experiencia forense, el ámbito electoral ha tenido que desarrollarse con rapidez, tratándose de adecuar en cada elección, en cada ejercicio comicial, a las necesidades y problemáticas que son detectadas en eventos anteriores.

De este modo, la reforma electoral siempre llega tarde. Baste con decir que si bien ya se tienen contempladas en diversas entidades federativas la posibilidad

de las candidaturas independientes, en su momento, tal tema resultó delicado por resolver por el Tribunal Electoral y escindió las opiniones tanto de Magistrados de Sala Superior como en los casos en que se presentó en las Salas Regionales del mismo órgano jurisdiccional.

Puede ser dable comprender esta situación si se toma en cuenta que la legislación en materia electoral es aún escueta. Se tienen como punto de partida, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (como ley sustantiva principal), y la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (de carácter adjetivo).

Desde luego, pueden citarse reglamentos y otros ordenamientos que el Instituto Federal Electoral establece para intentar colmar los vacíos legales de las legislaciones citadas. Sin embargo, la premura con la que son expedidos, así como, en ocasiones, la falta de visión a mediano plazo de sus contenidos desemboca en normas deficientes, que requieren ser modificadas una y otra vez, de manera inacabada siempre.

Por ello, es que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en principio, a través de diversas determinaciones que a la postre integrarían jurisprudencia, tuvo la alta encomienda de establecer los criterios ante los cuales la ley era insuficiente. Adoptó pues, un esquema garantista para evitar que el justiciable viera vulnerado su acervo jurídico ante las omisiones legislativas, así como de la realidad misma incompatible con su marco jurídico respectivo.

Como muestra de lo anterior, pueden citarse diversos criterios en los cuales las ideas descritas pueden reflejarse; a guisa de ejemplo se comentan algunos a continuación:

1) Reencauzamiento de la vía ante su errónea elección o denominación⁷⁶.

Si bien en la actualidad la materia electoral ha captado mayor atención de los foros académicos, y su ámbito procesal se ha perfeccionado, el criterio en comento data del año 1997. Como puede suponerse, en aquel tiempo aún imperaba la confusión y desinformación entre los improvisados postulantes que, para intentar defender un derecho que estimaban vulnerado, acudían al tribunal. Nos referimos, en la generalidad, a ciudadanos no letrados en derecho, aunque puede atribuirse también cierta impericia a los abogados ante una materia jurídica reciente, como lo era entonces la electoral.

Así las cosas, el tribunal electoral estableció que, ante un medio de defensa promovido en el que pudiese constatarse plenamente la intención del accionante de inconformarse ante un acto u omisión específica, de oficio, el órgano resolutor podía reencauzar la demanda hacia la vía procedente. Por ejemplo, si un ciudadano hacía valer una inconformidad a través de un Juicio de Revisión Constitucional Electoral (cuya promoción corresponde exclusivamente a los partidos políticos), o incluso un escrito innominado, el tribunal debía reencauzarlo al Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano.

Es decir, a diferencia de otras materias en las que el error en la elección de la vía conduce al desechamiento de la demanda, en el ámbito electoral esta decisión se soslayaba debido a la desinformación general respecto a la materia, así como el considerar que un número relevante de actores lo constituían ciudadanos sin conocimientos jurídicos profundos.

⁷⁶ De la tesis jurisprudencial 1/97 con rubro: "MEDIO DE IMPUGNACIÓN. EL ERROR EN LA ELECCIÓN O DESIGNACIÓN DE LA VÍA NO DETERMINA NECESARIAMENTE SU IMPROCEDENCIA". Todas las tesis reseñadas en este apartado pueden ser consultables en el portal de Internet del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Esta protección también abarca el reencauzar un juicio promovido ante sede federal, a la sede jurisdiccional local, o incluso, partidista, en atención al respeto a la autoregulación y vida interna de los partidos políticos, dado que al interior de éstos también existen órganos encargados de resolver los conflictos que susciten entre sus dirigentes, militantes y simpatizantes.

Como se advierte, este criterio maximiza el acceso a la justicia de los justiciables, ante una necesidad general, y un estado de cosas que impedía que dicho acceso fuese pleno. Tal vez pudiera pensarse que, eventualmente, ante la información a la que puede acceder el promovente, así como la difusión que ha tenido el tribunal electoral en los últimos años, esta “ayuda” debiera suprimirse, pues perdería su razón de ser.

Este razonamiento no debe ser acogido por dos razones fundamentales: Primero, a usanza del pensamiento del autor Ronald Dworkin, esta conquista del ciudadano sobre el poder estatal, reflejado en un apoyo que favorece el acceso a la justicia no podría ser suspendido salvo una causa cuyo peso y proporcionalidad lo justificase. El simple hecho de razonar que es probable que con el tiempo el conocimiento en torno a la materia electoral se profundice y estadísticamente no se presenten demandas con tales yerros no es suficiente. Conceder lo contrario sería tan grave como reflexionar la suspensión de la libertad de creencias, estableciendo como religión única la católica, por considerar que México es un país con ese arraigo histórico-social, soslayando las minorías que toda democracia saludable debe poseer.

Después, esta tendencia de “democratización procesal” por llamarlo de algún modo, acerca más a los ciudadanos al poder judicial, práctica que tendría que ser constante y evolutiva en un auténtico Estado de Derecho. Que el ciudadano promedio tenga mejores posibilidades de defensa, sin afectar

elementos de certeza, juridicidad e igualdad, como en el caso, es una obligación del poder judicial a través de ejercicios garantistas como este.

Por citar un ejemplo de esa democratización procesal, la reciente Ley de Amparo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013, en sus artículos 45 a 48, se advierte un esquema similar de reencauzamiento al descrito en materia electoral. Las siguientes transcripciones dan muestra de ello:

Artículo 45. Cuando se reciba en un tribunal colegiado de circuito una demanda que deba tramitarse en vía indirecta, declarará de plano carecer de competencia y la remitirá con sus anexos al órgano que estime competente. (...)

Artículo 46. (...)

Cuando el tribunal colegiado de circuito que conozca de un juicio o recurso estime carecer de competencia para conocer de ellos, lo declarará así y enviará dentro de los tres días siguientes los autos al órgano jurisdiccional que en su concepto lo sea.

Artículo 47. Cuando se presente una demanda de amparo ante un juez de distrito o ante un tribunal unitario de circuito, en la que se reclamen actos que estimen sean materia de amparo directo, declararán carecer de competencia y de inmediato remitirán la demanda y sus anexos al tribunal colegiado de circuito que corresponda. (...)

Artículo 48. Cuando se presente una demanda de amparo ante juez de distrito o tribunal unitario de circuito y estimen carecer de competencia, la remitirán de plano, con sus anexos, al juez o tribunal competente, (...)

De este modo, en el ejemplo comentado, el garantismo aludido con fundamento en el artículo 17 de la Constitución Federal, adquiere un significado relevante: es útil, proporcionado y, sobre todo, resuelve una problemática de manera general. Es, pues, un buen ejemplo de práctica garantista.

2) Suplencia en la deficiencia argumentativa⁷⁷. En armonía con el criterio anterior, en atención a la dificultad que puede entrañar precisar en qué momento procesal, o bien, bajo qué circunstancias se produjo el agravio o las consecuencias éste produce, el tribunal consideró que era suficiente con que el justiciable expusiera en su demanda las razones y hechos de los cuales sea posible inferir una afectación.

Dicho con otras palabras, el accionante podría construir un agravio deficiente, pero el juzgador, atendiendo a la naturaleza y objeto de su pretensión, se encuentra facultado para reordenar e incrementar la carga argumentativa a fin que su estudio, de acuerdo a las constancias que obran en el expediente, sea realizado de forma completa e integral.

Un ejemplo claro de lo anterior lo constituyen los formatos de demanda de Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano que se proporcionan a los ciudadanos en los módulos de atención del Instituto Federal Electoral, en los casos en que, por diversas razones, tras haber efectuado el trámite correspondiente y haber agotado el recurso administrativo correspondiente, la credencial para votar es negada.

En efecto, el párrafo que aparece en el formato descrito que hace las veces de agravio para cualquier hipótesis en la que la credencial de elector no es expedida, es el siguiente:

“El acto o resolución impugnada me causa agravio, en virtud de que se me impide ejercer el derecho a votar que la Constitución de la República me otorga como ciudadano mexicano a pesar de que he realizado todos

⁷⁷ De las tesis jurisprudenciales 4/99 con rubro: “MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA ELECTORAL. EL RESOLUTOR DEBE INTERPRETAR EL OCURSO QUE LOS CONTENGA PARA DETERMINAR LA VERDADERA INTENCIÓN DEL ACTOR” y 3/2000 con rubro “AGRAVIOS. PARA TENERLOS POR DEBIDAMENTE CONFIGURADOS ES SUFICIENTE CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR”.

los actos previstos en la ley para cumplir con los requisitos que exige el Art. 6° del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), que son los Únicos necesarios para ejercer mi derecho al sufragio”

Como se advierte de la transcripción anterior, resulta evidente que no es posible desprender con precisión un concepto de agravio que indique o establezca cuáles fueron los motivos por los cuales se negó la credencial para votar, ni por qué tales razones se estiman ilegales.

Lo anterior es comprensible dado que las hipótesis por las cuales no se expide una credencial de elector, o no se realiza un movimiento relativo al padrón electoral o lista nominal de electores –cuestiones ambas que inciden en la posibilidad de emitir el sufragio– son múltiples, el Instituto Federal Electoral optó por un formato general de forma que, al menos un primer momento, transfiriera la obligación de una defensa oportuna al ciudadano interesado en obtener su credencial de elector.

Nuevamente tomando en consideración las circunstancias ante las cuales se promovían tales demandas, en las que la desinformación y falta de orientación al ciudadano eran imperantes, el tribunal electoral determinó que era posible suplir esa deficiencia argumentativa a fin que, del análisis exhaustivo de autos, pudiera advertirse el motivo por el cual no se expidió la credencial para votar, y examinar la legalidad de dicha causa.

Esta modalidad se extendió hacia todos los medios de impugnación en materia electoral federales, salvo por el Juicio de Revisión Constitucional Electoral y el Recurso de Reconsideración, por estimarlos instancias extraordinarias en las que, en el primer caso, los promoventes son exclusivamente partidos políticos quienes se considera tienen los medios y posibilidades suficientes para contar

con abogados peritos en la materia, así como la complejidad que ambos medios de defensa entrañan.

No obstante lo anterior, esta tendencia también puede advertirse en la Ley de Amparo vigente, pues su artículo 76 establece literalmente lo siguiente:

Artículo 76. El órgano jurisdiccional, deberá corregir los errores u omisiones que advierta en la cita de los preceptos constitucionales y legales que se estimen violados, y podrá examinar en su conjunto los conceptos de violación y los agravios, así como los demás razonamientos de las partes, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, sin cambiar los hechos expuestos en la demanda.

Luego, se considera que este también es un ejemplo efectivo de garantismo, el cual como se advierte en la Ley de Amparo, goza de mayor amplitud al no discriminar la calidad o circunstancias del quejoso, pues es aplicado a toda persona que promueva la acción de garantías, sin distinción.

3) Protección integral del derecho al voto pasivo⁷⁸. De acuerdo con la Constitución Federal, todo ciudadano mexicano tiene derecho al voto, en ambas vertientes –activa y pasiva–, así como de asociación y afiliación para tomar parte en los asuntos políticos del país.

Toda vez que tales derechos son de configuración legal, es necesario remitirse a los ordenamientos conducentes a fin de revisar qué requisitos deben colmarse para alcanzar su plena efectividad.

Dicho sea de paso, mediante reforma de 9 de agosto de 2013 la fracción II del artículo 35 aludido se modificó para dar sustento constitucional a las llamadas “candidaturas independientes”, es decir, aquéllas conformadas por ciudadanos cuya postulación no se derivaba de la militancia con un partido político.

⁷⁸ De la tesis jurisprudencial 27/2002 con rubro: “DERECHO DE VOTAR Y SER VOTADO. SU TELEOLOGÍA Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN”.

De cualquier modo, tales ciudadanos deben satisfacer los requisitos que exija la norma para acceder a tales candidaturas, por lo que puede apreciarse que en este ámbito el derecho a ser votado tuvo una adición relevante, ya que anteriores a dicha reforma, fueron promovidos diversos juicios que fueron objeto de pronunciamiento por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el sentido de confirmar la negativa del Instituto Federal Electoral a efectuar los registros atinentes a favor de los promoventes que no fueron postulados por un instituto político⁷⁹.

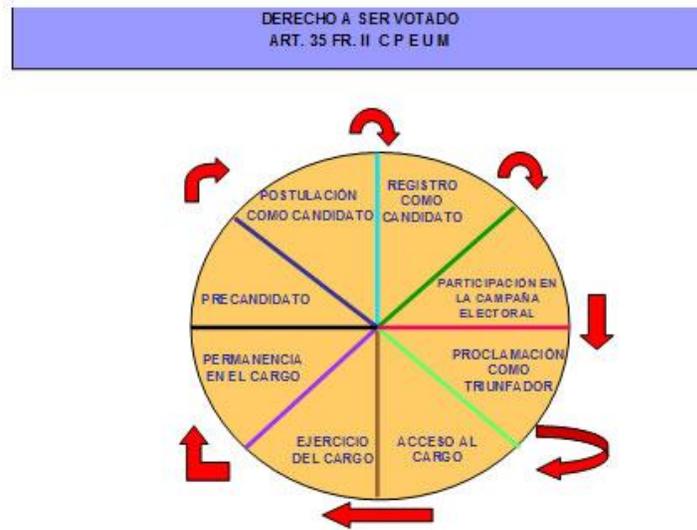
Ahora bien, esta nueva posibilidad da mayor amplitud al voto pasivo, pero al igual que de la lectura de los ordenamientos relativos, no es idónea para advertir sus consecuencias, o dicho de otro modo, todas las modalidades que implica el derecho a ser votado.

En efecto, el tribunal electoral advirtió que el derecho a ser votado no culminaba con la posibilidad de contender en las elecciones como candidato, sino que sus efectos tenían origen desde la posibilidad de participar en un proceso de selección interna para ser elegido como precandidato de un instituto político, hasta la permanencia en el cargo, una vez electo.

El esquema circular elaborado por el Magistrado Flavio Galván Rivera resulta ilustrativo al respecto:⁸⁰

⁷⁹ Pueden citarse al respecto los juicios SDF-JDC-190/2009 (Caso Elisa de Anda) y de forma más reciente el SUP-JDC-612/2012 y acumulados (Caso Manuel Clouthier y otros). En este último juicio se advierten los votos particulares de los Magistrados Pedro Penagos y Constancio Carrasco a favor de las candidaturas independientes.

⁸⁰ Este esquema se tomó del voto particular del referido juzgador en la sentencia recaída al expediente SUP-JDC-25/2010.



Como se advierte, el derecho a ser votado pasa por diversos momentos o modalidades los cuales no pueden inferirse en su totalidad, en principio, del texto constitucional o del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Dichos estadios se han venido desarrollando poco a poco en función de la práctica forense, así como de las circunstancias de las controversias sometidas a consideración del tribunal electoral, dando como resultado que el derecho al voto sea tutelado de forma integral, en todas las vertientes en las que se conduce que inicialmente no podrían preverse.

Ahora bien, pese a estos pasos saludables que el tribunal ha logrado avanzar y que no pueden dejar de reconocerse, en objetiva balanza, debe también precisarse que varias de las cuestiones resueltas bajo un estandarte garantista no corresponden plenamente a las ideas originales de esa teoría: es más, en ocasiones quedan contrapuestas, o bien, el resultado vulnera los principios de juridicidad y seguridad, lo cual se estima grave.

Visto lo anterior, se tiene presente que el garantismo del tribunal ha sido comentado y ensalzado pero pocas veces explicado. Si bien a lo largo de los

últimos años se han publicado diversos artículos y ensayos en torno al tema, siendo los del ex magistrado y académico José de Jesús Orozco Henríquez los más destacables, en realidad son pocas las argumentaciones vertidas en las cuales se encamine a demostrar que efectivamente algunos de los criterios “garantistas” sostenidos por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación hayan encontrado sustento total en la teoría de Luigi Ferrajoli.

Esta situación adquiere relevancia cuando se sitúa frente a un esquema de certeza. No se habla propiamente –todavía– de una certeza jurídica, porque en realidad es un llamado a la reflexión en torno a una certidumbre *simple*.

Cuando se conoce el pensamiento jurídico de un juzgador determinado, la corriente iusfilosófica con la que se identifica, es posible predecir, con cierta exactitud, su comportamiento jurisdiccional el cual implica desde saber cómo serán construidos sus argumentos, los razonamientos recurrentes que utilice, hasta saber el sentido de sus resoluciones⁸¹.

Esta situación también puede alcanzar a vulnerar de forma relevante la independencia judicial desde la percepción social, lo que conlleva la deslegitimación de los órganos jurisdiccionales, al emitir criterios pendulares sin un parámetro –ya sea jurídico o metajurídico– establecido y determinado, ya no sólo en la integridad como cuerpo colegiado (de ser el caso), sino en la

⁸¹ Como ejemplo, el Ministro en retiro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Si hay algo que no puede reprochársele es incongruencia, pues en temas relacionados con los derechos fundamentales, por lo general, podía preverse cómo votaría y cómo serían construidos sus argumentos; asimismo hizo ver discrepancias en los criterios de sus compañeros. También, aunque sea cuestionable, es el único ministro que ha aceptado una militancia panista. Pero lo alarmante es la inconsistencia de sus compañeros, como refiere Carlos Avilés Allende: “*Si un diputado tachara a otro de incongruente, o si lo hiciera un senador de otro senador, o un político de otro, realmente no pasaría nada. Sería más de lo mismo. Son, al final, políticos. Pero que lo diga un juez de otro juez. Que un ministro del máximo tribunal les diga a sus compañeros, que son quienes resuelven los juicios más importantes del país, que aplican criterios a modo para cada caso. Eso, repito, sí preocupa o debe preocupar*” del Blog “El juego de la Suprema Corte”, *Un corazón congruentemente a la derecha*. Publicado el 24 de mayo de 2010, <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=262> consultado el 8 de julio de 2013.

individualidad de cada juzgador, por lo que lleva a la sociedad a cuestionar su imparcialidad.

Por ende, se estima que la actividad desplegada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, dentro de las acotaciones referidas, no puede tildarse netamente como garantista. Lo anterior, pues como se viene insistiendo, diversas resoluciones en las que pretende arrojarse ese calificativo, no se advierten los elementos que originalmente refirió el pionero de dicha teoría, Luigi Ferrajoli, pues debe recordarse que su pensamiento guarda una naturaleza positivista, en la que la certeza es una pieza clave para el desarrollo de los derechos humanos, así como la sujeción irrestricta del juez a la ley. Situación que como quedó expuesto, y como se pretende evidenciar en el siguiente capítulo, no siempre aconteció.

Por ello, como más adelante se desarrolla, la actividad de dicho tribunal puede tener matices de un neoconstitucionalismo, o bien, de un activismo judicial. Pero, en realidad, el término que se quiera emplear para describir la tendencia de un órgano jurisdiccional no resulta primordial si lo que se busca es describir las consecuencias de esa línea de conducta.

Es decir, si bien no se considera garantista la actividad del tribunal electoral, no por ello pueden soslayarse sus resultados, así como los avances que han reportado diversas de sus resoluciones en la evolución del derecho electoral.

Sin embargo, esas contradicciones si implican un análisis más a fondo de la forma en que las determinaciones son alcanzadas, pues queda claro que la sujeción a la ley no es un factor determinante para arribar a la respuesta razonable. Es entonces cuando ese garantismo “suave” puede franquear la delgada línea hacia el activismo judicial, para después, con grave riesgo para

la sociedad y el Estado, tener la posibilidad de transformarse en arbitrariedad judicial.

El reto entonces, es precisar que en los 17 años del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se han tenido logros importantes, y avances significativos sin los cuales, evidentemente, el entorno político de nuestro país no se hubiere transformado con esa rapidez, pero al mismo tiempo, establecer límites que impidan que un juzgador trastoque seriamente la certeza y la juridicidad en aras de procurar un beneficio, que en la mayoría de los casos, es intrascendente y temporal.

3.3 El lenguaje de las sentencias: ¿forma parte del esquema garantista?

Un aspecto que no ha recibido la atención que merece, ni los reflectores de los medios de comunicación y que suele ser visto como asunto menor en diversos cursos al interior de la judicatura es el concerniente a la redacción de las sentencias.

¿Son legibles las sentencias? ¿El juzgador es capaz –en función de una buena redacción– de democratizar plenamente el acceso a la justicia? ¿Pueden justificarse los incidentes de aclaración de sentencia, dada su oscuridad o vaguedad?

Una sentencia, considerando la importancia con que se encuentra revestida conforme al capítulo primero de esta investigación, culmina la actividad judicial: decide el derecho, y es el medio por el cual el juez lo hace constar para después hacerlo del conocimiento a las partes, ya sea por escrito o de forma oral. De ahí que el texto de la sentencia no deba requerir explicaciones anexas o futuras para su entendimiento.

No obstante lo anterior, lamentablemente, en la actualidad las notas distintivas en la generalidad de las sentencias son las siguientes:

a) Exceso de transcripciones

Es común que los jueces en sus fallos respectivos tiendan a realizar transcripciones, tanto de algunos apartados del escrito de demanda que se somete a su conocimiento, como de la determinación impugnada en caso de ser tribunales de alzada, con la finalidad –en teoría– de evidenciar y sostener los razonamientos que sostienen la argumentación formulada.

Esta práctica resulta innecesaria⁸², ya que el juzgador puede optar por realizar un resumen analítico de las afirmaciones planteadas por las partes; síntesis que también resulta benéfica tanto para el entendimiento del asunto, como para reducir el número de páginas de las que se integra la sentencia.

b) Volumen

Otro problema común de las sentencias es la longitud de éstas. Bajo este tema conviene enfatizar que si bien resulta evidente que en diversos asuntos, dada la complejidad de ellos, por tratarse de casos difíciles, o por la cantidad de acervo probatorio a estudiar no es dable reducir el volumen del fallo, debe destacarse que estos asuntos constituyen la minoría.

Pese a lo anterior, se aprecia que aún en los casos fáciles, como puede serlo

⁸² Al respecto, en apoyo al criterio señalado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido mediante criterio jurisprudencial que no resulta necesaria la transcripción de tales textos para el cumplimiento de los principios de exhaustividad y congruencia, al tenor de la jurisprudencia con rubro “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. PARA CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN LAS SENTENCIAS DE AMPARO ES INNECESARIA SU TRANSCRIPCIÓN.”, número de registro de IUS 164618.

la actualización de una causal de sobreseimiento, las sentencias se engrosan innecesariamente, cuando debe buscarse la precisión del fallo, al señalarse con exactitud el precepto legal invocado, la premisa fáctica que perfecciona esa hipótesis legal y, por consiguiente, enunciar la conclusión.

Se insiste, este esquema de silogismo jurídico no siempre es apreciable con nitidez en la mayoría de los fallos, pero en armonía con el primer punto señalado, relativo a las transcripciones innecesarias, se considera que podría reducirse de manera significativa el tamaño de las sentencias.

Es decir, no se desdeñan los razonamientos que no observen el planteamiento prescrito por la lógica formal, pero se hace la observación que una vez fijada la litis, y el acervo probatorio con precisión, pueden disminuirse los argumentos a mayor abundamiento o accesorios que no resulten relevantes si se han considerado los argumentos torales que permitan estimar o desestimar las afirmaciones planteadas por las partes.

También es deseable señalar que debe erradicarse del pensamiento del foro, así como de la sociedad, el prejuicio que, a mayor número de hojas producidas, es mayor el trabajo realizado. Lamentablemente esta situación se presenta por igual en los vértices del triángulo procesal: tanto partes y abogados, así como juzgadores tienden a confundir la cantidad con la calidad.

Una demanda o sentencia extensa no invitan a su lectura. Claro está, el análisis de la demanda, sin importar su extensión, corresponde al juzgador responsable, pero téngase en cuenta que, la mayoría de las veces, dichos escritos, al contener repeticiones innecesarias, transcripciones de jurisprudencia que no se relacionan con los argumentos vertidos, así como fragmentos de doctrina que no guardan relación con la litis efectivamente planteada, su único efecto será el de ocultar o disminuir la fuerza de los

argumentos principales, con lo cual se incrementa la posibilidad de error del juzgador, al posicionarse éste en la difícil situación de interpretar la voluntad de las partes ante la espesura difícilmente franqueable de párrafos innecesarios.

Una situación similar ocurre con una sentencia demasiado extensa. Dificulta su eventual impugnación, y hace sospechar en esa extensión innecesaria que se han incorporado elementos o afirmaciones ajenos a la litis inicialmente planteada, lo que acarrea recursos de alzada ineficientes que, nuevamente, tienen como resultado la saturación de los tribunales. Es pues, un círculo vicioso.

Por tales argumentos, se considera que debe moderarse mediante técnicas de argumentación y de síntesis eficientes el volumen de los escritos jurídicos, lo cual traerá consigo el beneficio de todos los operadores jurídicos, y a largo plazo, tenderá a fortalecer el Estado de Derecho.

Lo anterior también cobra relevancia si se tiene presente que un tribunal que no es capaz de interactuar con la opinión pública respecto sus decisiones corre el riesgo de aislarse de la dinámica social, con una repercusión negativa en el factor de la legitimidad. Los jueces no encuentran su legitimación a través del voto, sino en la imparcialidad de sus determinaciones y la fortaleza de sus argumentos, los cuales deben tener la prioridad de mostrar una habilidad para explicar de forma clara en qué consisten.

Finalmente, a manera de ejemplo, con información del año 2010, el promedio de palabras en las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos era de 4,571 elevándose a 8,625 con los votos concurrentes y particulares. Esta situación, de acuerdo al investigador Edward H. Cooper, comenzaba a ser preocupante, pues entre más larga sea una sentencia, más probabilidades de cometer errores y de confundir a los tribunales inferiores respecto los criterios

establecidos. En México, es casi imposible encontrar una sentencia de fondo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que contenga menor número de palabras: el caso del nuevo código electoral federal, ventilado a través de la acción de inconstitucionalidad 61/2008 alcanzó las 279, 649 palabras⁸³.

c) Lenguaje oscuro

Aparejado en ocasiones con el volumen de las sentencias, es frecuente apreciar el uso de expresiones que únicamente son entendibles por los peritos en la materia, o a través de argumentos que pretenden fortalecer una postura específica, sólo lo debilitan al hacer perder la atención del lector de esa cuestión principal.

La “democratización procesal” de la que se habló anteriormente, este ánimo garantista también puede apreciarse en un lenguaje que, sin ser completamente coloquial, pueda ser accesible a los gobernados promedios, a fin que puedan comprender los alcances de la sentencia que trasciende hacia su acervo jurídico.

No se trata de suprimir la actividad de los abogados que, como patrocinadores de las partes tienen la encomienda, entre otras, de asesorarlas y por ende explicar los alcances y consecuencias de las resoluciones o de las acciones intentadas, sino que se pretende que la cultura de la legalidad pueda favorecerse, en un ambiente en que toda persona posea un esquema –aun básico– de nociones jurídicas, lo cual permitiría legitimar con mayor facilidad los fallos judiciales.

Es decir, se busca que a través de un lenguaje sencillo y claro, el ciudadano

⁸³ Cfr. *¿Qué tan largas son las sentencias de la Suprema Corte?* Del Blog “El juego de la Suprema Corte”, de Nexos en Línea, entrada publicada el 25 de noviembre de 2010, visible en <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=877> consultada el 19 de agosto de 2013.

pueda comprender las razones por las cuales se le otorga o niega la razón, de forma que la aplicación del Derecho sea evidente, y ello coadyuve a reducir la falsa percepción que se tiene de la discrecionalidad judicial, confundida usualmente con arbitrariedad judicial.

Visto lo anterior, con independencia de los avances y nuevas tendencias – como lo son los constantes cursos en materia de argumentación jurídica y redacción que se imparten– cuyos resultados minoritariamente es posible advertir en algunas ponencias y algunos pocos tribunales del país, las notas distintivas anteriormente señaladas son, en la generalidad, fundadas.

Puede mencionarse que estas características no son propias del panorama mexicano. Los autores españoles Alcaraz y Hughes, en el contexto del sistema jurídico de aquél país, señalan “*los dos rasgos que más fácilmente se perciben en los textos jurídicos son la opacidad y la falta de naturalidad*”⁸⁴.

Varios de estos problemas pueden tener origen en el elemental principio de claridad en la redacción. No se trata de vulgarizar el lenguaje de las sentencias, como ya se dijo, sino de entender que su contenido puede comunicarse mejor cuando se evitan los arcaísmos o la oscuridad de las expresiones, a fin que sean claras para los justiciables, como para las autoridades a quienes van dirigidas en ánimo de facilitar su ejecución.

Sostiene también lo anterior el autor Rodríguez-Aguilera al referir: “*el jurista ha de dar a la palabra contenido y palpitación humana, y que el legislador, el abogado y el juez han de asumir la conciencia de la sociedad en que viven y para la que trabajan, y han de hablarle en el lenguaje suyo propio de cada momento (...) con los términos usuales del más amplio y adecuado*

⁸⁴ ALCARAZ VARÓ, Enrique y HUGHES, Brian. *El español jurídico*. 2ª edición, Ariel, Barcelona, 2009, p. 18. Es también llamativa la clasificación que elaboran dichos autores respecto del lenguaje jurídico, clasificándolo a su vez en legislativo, jurisdiccional, administrativo y notarial (p. 17).

entendimiento...⁸⁵”.

Por último, no pasa desapercibido que en determinadas materias específicas (por ejemplo telecomunicaciones) no se puede prescindir de un lenguaje técnico y científico en función de las cuestiones que son objeto de controversia, sin embargo, ello no resulta óbice para que las cuestiones accesorias como una redacción clara y congruente, o bien, la identificación exacta de la litis no puedan verificarse.

Finalmente, dentro de esta opacidad o lenguaje inapropiado también puede señalarse que el fallo no debe recapitular el trabajo elaborado por el juzgador, o relacionar los elementos del asunto, ya que dicha incorporación de información resulta en falta de claridad e incremento innecesario en su volumen, pues no debe perderse de vista que los puntos medulares de toda sentencia deben ser considerandos breves y concisos, que determinen con exactitud la eficacia jurídica –o ineficacia– de las cuestiones planteadas por las partes.

Ahora bien, las características enunciadas, según puede advertirse al momento de elaborar una sentencia, constituyen esencialmente cuestiones de fondo y no tanto de forma: el sustituir algunos términos *per se* no es suficiente para estimar que se cumplimenta con un lenguaje claro si los razonamientos que conforman la sentencia continúan adoleciendo de oscuridad.

Como ejemplo de lo anterior, puede citarse, entre otros, la sentencia del expediente SG-JDC-6/2013⁸⁶. En ella se advierte un voto con reserva del Magistrado Jacinto Silva cuyo contenido es del tenor siguiente:

⁸⁵ Citado por ALCARAZ VARÓ, Enrique y HUGHES, Brian, *Op Cit.*, p. 18.

⁸⁶ Consultable en <http://www.te.gob.mx/salasreg/ejecutoria/sentencias/guadalajara/SG-JDC-0006-2013.pdf>

(...)

El sistema jurídico mexicano ciñe a los órganos jurisdiccionales a la elaboración de sentencias con requisitos comunes, tal como lo prevén el Código Federal de Procedimientos Civiles en su artículo 222, y el numeral 16 del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mismo que, como criterio orientador, a la letra dice:

Artículo 16.- (*se transcribe*)

En este sentido, no deben confundirse los lineamientos que sobre el contenido de las resoluciones –y no del formato– prevé el artículo 22 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Estoy convencido de que la consistencia en el formato de las sentencias y resoluciones judiciales abona a la claridad y a la seguridad jurídica de nuestros fallos, de manera que, a consideración del suscrito, los términos en los que ha de colmarse la forma de la presente resolución es sustituyendo el título del apartado “RESUMEN DE HECHOS” por “RESULTANDO”, el del apartado “ARGUMENTACIÓN JURÍDICA” por “CONSIDERANDO”, y el del apartado “PUNTO RESOLUTIVO” por “RESUELVE”.

Por lo anterior, emito el presente voto con reserva, pues concuerdo con el sentido de la resolución y con las consideraciones que la sustentan, pero no con el formato de la misma.

Como se adelantó, la sustitución de términos aislados, en este caso los concernientes a los apartados de una sentencia, parecieran más un ejercicio caprichoso que un ánimo integral de mejorar el lenguaje del fallo, máxime si se considera que el contenido permanece con el mismo formato.

De esta forma, aun de forma tácita, este voto con reserva puede servir para evidenciar que se requieren cambios de fondo en la elaboración de sentencias y no tan sólo de formato; éste al final depende en gran medida de preferencias personales tanto de juzgadores y secretarios, y resultaría difícil estandarizarlo.

Lo que sí puede acercarse a cánones preestablecidos es la reducción gradual de las sentencias de los parámetros anteriormente enunciados:

transcripciones, volumen y lenguaje artificial. De este modo, los fallos podrían resultar más cercanos a los justiciables, la legitimación de los jueces se incrementaría también en virtud de esta arista y en conjunto un ambiente de legalidad se fortalecería, si las razones con que se juzgan pueden ser más evidentes y no como laberintos jurídicos en los cuáles incluso los peritos en la materia tienen la difícil labor de resolver.

Debe hacerse énfasis en que, al igual que en otros campos de la actividad garantista, un juzgador pasivo, poco audaz y conformista, no corresponde con las expectativas sociales de nuestro tiempo. El juez debe ser alguien que no sólo conozca el sistema procesal, sino que lo utilice maximizando todas las posibilidades legales para conocer bien la cuestión a resolver, esté en aptitud de alcanzar una respuesta adecuada, y finalmente tenga la capacidad de exponerla con claridad y precisión; de esta forma podrá acercarse a los justiciables el derecho como el fenómeno social en el que se encuentran inmersos cotidianamente, y no como un esquema lejano y etéreo que no les reporta ninguna utilidad real.

IV. CAPÍTULO CUARTO. *Análisis práctico de algunas determinaciones en materia electoral.*

El juez, para poder ser una garantía de los derechos contra la arbitrariedad, no debe, a su vez, actuar arbitrariamente
Marina Gascón

Con la finalidad que los elementos teóricos aportados con anterioridad puedan verse reflejados de manera nítida en ejemplos prácticos, que a su vez constituyan el basamento para las propuestas del último capítulo, a continuación se realiza un análisis más profundo en torno a tres sentencias dictadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación –dos pertenecientes a su Sala Superior y la última a la Sala Regional con sede en el Distrito Federal– en las cuales se estima el garantismo no fue empleado de forma adecuada, toda vez que en los dos primeros casos se advierte que no era necesario su utilización toda vez que la solución podía decantarse a partir de un esquema de legalidad, en tanto que en el tercer caso, en un ejercicio de ponderación, se optó por potencializar un derecho ciudadano perdiendo de vista otros valores y principios que, conforme a las circunstancias específicas del asunto, tenían mayor peso e importancia al momento en que fue dictada la sentencia en comento.

La metodología a emplear para realizar el análisis descrito consiste en identificar la temática del asunto, es decir, la materia alrededor de la cual giró el debate judicial, para después reseñar los antecedentes más relevantes, describir cuáles fueron las consideraciones del jurisdicente, y finalmente arribar a las conclusiones respectivas.

4.1. Sentencia SUP-JDC-1136/2010

Temática

Maximización del derecho al acceso a la información y petición soslayando la vía administrativa conducente para su protección.

Antecedentes

1. *Solicitud de información.* El 4 de junio de 2010, el actor solicitó bajo la calidad que dijo tener de observador electoral, a la Unidad de Enlace del Instituto Estatal Electoral de Oaxaca, copia certificada de diversos oficios emitidos por dicha autoridad, relacionada con el proceso electoral que tuvo verificativo durante el año de 2009 en esa entidad federativa.

2. *Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.* Al no obtener respuesta alguna en un plazo razonable, el promovente presentó ante esa unidad de enlace el 11 de agosto de 2010 demanda de juicio ciudadano federal a través de la cual impugnó la omisión de dicho órgano de expedir las copias solicitadas.

3. *Respuesta de la responsable.* Resulta necesario mencionar que al momento de ser remitido a la Sala Superior el medio de impugnación en comento –el 15 de agosto posterior– la responsable remitió también las constancias solicitadas por el ciudadano.

Consideraciones de la Sala Superior

La Sala Superior resolvió, por mayoría, tras dilucidar que efectivamente la responsable había excedido el término previsto en ley para que emitiera la

respuesta correspondiente, que al momento de notificar la sentencia, se hiciera entrega al ciudadano de la información requerida, pues como ya se dijo, al momento de rendir su informe circunstanciado y remitir las demás constancias relativas, esa autoridad también envió la información solicitada por el ciudadano.

Para ello, se basó en los siguientes razonamientos:

- a) Que conforme al artículo 64 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Oaxaca, la responsable tenía un plazo de 15 días hábiles para resolver lo conducente respecto de la solicitud planteada.
- b) El plazo anteriormente referido, según lo prevé el mismo artículo citado, podría ampliarse por un periodo igual, cuando no fuere posible reunir la información solicitada; sin embargo, antes del vencimiento del plazo la autoridad requerida debía informar dicha situación al solicitante, lo que en la especie no aconteció.
- c) Por lo anterior, si la solicitud fue presentada el 4 de junio del año 2010, el plazo transcurrió del 7 al 25 del mismo mes, por lo que si la demanda ciudadana fue promovida el 11 de agosto siguiente, sin que hubiera existido la contestación respectiva, es claro que la autoridad responsable dejó de observar el contenido del artículo 64 tocante.

Resulta pertinente destacar que la Sala Superior desestimó una causal de improcedencia hecha valer por la responsable, en el sentido que no se agotaron los medios ordinarios de defensa a fin de controvertir la omisión en comento.

Según la demandada, el actor no agotó el recurso de revisión previsto en el artículo 68 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Oaxaca; numeral que establece lo siguiente:

Artículo 68.- El recurso de revisión regulado en esta Ley es un medio de defensa jurídica que tiene por objeto garantizar que en los actos y resoluciones de los sujetos obligados se respeten las garantías de legalidad y seguridad jurídica.

El solicitante a quien se le haya notificado la negativa de acceso a la información o la inexistencia de los documentos solicitados, podrá interponer por sí mismo o a través de su representante, el recurso de revisión ante el Instituto o ante la Unidad de Enlace que haya conocido del asunto, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de la notificación. La Unidad de Enlace deberá remitirlo al Instituto dentro de los tres días siguientes a su recepción.

Es decir, en concepto de la responsable, el actor estaba obligado a agotar el medio de impugnación descrito en sede administrativa antes de acudir a la vía jurisdiccional a fin de satisfacer el requisito de definitividad que exige –entre otros– el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano para colmar su procedencia.

Sin embargo, la mayoría de los magistrados estableció que el recurso de revisión mencionado es procedente cuando al solicitante se le haya notificado la negativa de acceso a la información o la inexistencia de los documentos solicitados; supuesto que no se actualiza en el caso concreto toda vez que el acto reclamado consiste en la omisión de la responsable de acordar la solicitud de copias certificadas realizada por el actor, por tanto, es claro que no existe un acuerdo notificado que pueda ser materia de dicho recurso.

Asimismo, continuó refiriendo la mayoría, dentro del esquema de definitividad, tampoco sería procedente determinar el reencauzamiento del juicio al medio de impugnación local, ya que aun y cuando la Ley General del Sistema de Medios

de Impugnación en Materia Electoral para el Estado de Oaxaca contempla la figura de juicio ciudadano a fin de controvertir actos o resoluciones que afecten cualquier derecho político electoral, se consideró que el actor se duele de una violación directa al derecho a la información y al derecho de petición tutelados en los artículos 6 y 8 de la Constitución Federal, que incide en sus derechos político electorales, lo que actualiza la procedencia de la instancia federal, conforme a lo señalado en el artículo 79 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Conclusiones

A diferencia de lo sostenido por la mayoría, bajo un aire garantista tácito, se estima que lo conducente en el caso era el reencauzamiento del medio de impugnación al recurso de revisión en sede administrativa.

Conviene aclarar que se ha mencionado “garantismo tácito” ya que en el contenido de la resolución en comentario no aparece citado este término: es decir, se estima que el fallo tiene un espíritu garantista dado su sentido, (aunque no se mencione) sobre todo si se considera el último párrafo mismo que a la letra expresó lo siguiente:

(...)

“En tal virtud, con el objeto de hacer efectiva la garantía de tutela judicial completa y efectiva reconocida en el artículo 17, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, junto con la notificación de la presente ejecutoria, deberá entregarse al promovente copias autorizadas de los oficios antes referidos, en versión pública conforme lo establece el artículo 66 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Oaxaca, debiendo testarse el nombre de la persona a quien van dirigidas dichas documentales”.

Según se advierte de la transcripción efectuada, y como se adelantó en párrafos anteriores, la mayoría tras advertir la violación en que incurrió la

responsable, y aprovechando que las documentales solicitadas se encontraban en su poder, determinó hacer entrega de ellas al actor, bajo el argumento que así se haría efectiva la garantía de tutela judicial completa y efectiva.

Ahora bien, se estima que dicha resolución bajo ese esquema garantista dejó de apreciar la verdadera naturaleza del juicio ciudadano federal en virtud de lo siguiente⁸⁷:

En primer término, el Magistrado Flavio Galván –de cuya autoría es el único voto particular en el asunto– precisa que el promovente hace depender su causa de pedir del ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, relacionado con su derecho de petición; derechos fundamentales, ambos, previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De ahí que en concepto del Magistrado Galván, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, en este caso concreto, no es el medio de impugnación procedente para que el enjuiciante pueda deducir los derechos que aduce vulnerados, toda vez que no se trata de alguno de sus derechos político-electorales, consistentes en el derecho de votar y ser votado en las elecciones populares; de asociarse, individual y libremente, para tomar parte, en forma pacífica, en los asuntos políticos del País, así como de afiliarse, libre e individualmente, a los partidos políticos.

En consecuencia, refiere que a diferencia de lo establecido por la mayoría, el recurso de revisión sí es idóneo para controvertir la omisión de la que se duele, ya que el artículo 29 de la ley de transparencia local invocada establece:

⁸⁷ Algunas ideas que se mencionan provienen del voto particular formulado por el Magistrado Flavio Galván en el asunto de referencia, mismas que se enuncian como tales a fin de distinguirlas de las propias.

Artículo 29.- En contra de los actos y resoluciones del Comité de Información y de la Unidad de Enlace, el solicitante o su representante legal podrán interponer el recurso de revisión dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de notificación, previsto en el Capítulo II, del Título Cuarto, de la Ley. Dicho recurso se interpondrá directamente ante el Instituto Estatal de Acceso a la Información Pública, o bien, ante la Unidad de Enlace del Instituto, quien deberá remitirlo al organismo mencionado, dentro de los tres días siguientes a su recepción.

El solicitante contará con una copia de su escrito señalado previamente en su solicitud para que se asiente la razón de recibido.

En efecto, al tenor de la jurisprudencia 41/2002, publicada en *Justicia Electoral*, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 6, Año 2003, página 47, con rubro “**OMISIONES EN MATERIA ELECTORAL. SON IMPUGNABLES**”, si bien la expresión acto presupone un hacer, y la resolución sería el resultado de ese hacer que también tendría esa aptitud jurídica, lo cierto es que el primero de los términos debe entenderse en un sentido más amplio, como toda situación fáctica o jurídica que tenga una suficiencia tal que la haga capaz de alterar el orden constitucional y legal, ya sea que provenga de un hacer (acto en sentido estricto) o un no hacer (omisión propiamente dicha), siempre que, en este último supuesto, exista una norma jurídica que imponga ese deber jurídico de hacer a la autoridad identificada como responsable.

En el caso, la controversia deriva de la omisión del Instituto Estatal Electoral de Oaxaca de no entregar la información solicitada, o en su caso, informar al requirente de los motivos o causas que por mandato legal se lo impiden: situación que no guarda relación material con alguna de las vertientes de los derechos político-electorales consistentes en voto activo y pasivo, asociación y afiliación.

En otro apartado ya se había mencionado que, en el caso específico del derecho a ser votado, el tribunal electoral adecuándose a las circunstancias que acontecían en la realidad, procedió a reconocer determinados alcances a dicho derecho, pero siempre en función de las consecuencias naturales del voto pasivo. Dicho de otra forma, el espectro de protección judicial al voto pasivo se expandió en medida de los efectos que éste producía en el transcurso del tiempo, sin que tales modalidades perdieran la relación que guardaban entre sí.

A diferencia de lo anterior, en la sentencia que se comenta si bien la solicitud de información versa sobre contenido electoral, así como la calidad con que se ostenta el ciudadano pretende dar otro acercamiento a esta materia, lo cierto es que la litis efectivamente planteada, en torno a la omisión en que incurrió el instituto local referido, no guarda relación alguna con la vulneración de algún derecho político-electoral del accionante, y por ende, el medio de impugnación debió ser reencauzado al recurso de revisión anotado.

Esta solución sugerida de reencauzamiento es conforme a los lineamientos garantistas, a diferencia de la determinación alcanzada por la Sala Superior la cual tras un análisis objetivo, puede considerarse que tuvo como móvil el hecho que al momento de sustanciar el juicio de mérito, obraban en su poder las constancias solicitadas por el actor. De esta forma, lo más correcto en el caso sería hablar de un activismo judicial y no de garantismo en sentido estricto, ya que aunque la solución puede aparentar ser satisfactoria –ya que se colmó la pretensión original del actor– lo cierto es que fue a través de la vulneración del principio de juridicidad, debido a que por disposición expresa del legislador de Oaxaca, el conocimiento de la controversia es de autoridades diversas a las de índole electoral.

4.2. Sentencia SUP-JDC-229/2012

Temática

Garantismo en torno al voto pasivo en la vertiente de registro como precandidato, frente a las reglas establecidas oportunamente por el partido político.

Antecedentes

1. *Convocatoria.* El 18 de noviembre de 2011, la Comisión Nacional de Elecciones del partido político Movimiento Ciudadano emitió la convocatoria en la que se determinaron los lineamientos bajo los cuales se efectuaría el proceso de selección interna de candidatos.

En dicho instrumento se estableció que las solicitudes de registro de precandidatos por el principio de representación proporcional tendrían verificativo ante la referida comisión nacional del 12 al 15 de febrero de 2012, de lunes a miércoles de las 10:00 a las 15:00 horas y de las 18:00 a las 20:00 horas; y el domingo de las 10:00 a las 15:00 horas.

2. *Negativa de registro.* Según dicho del accionante, a las 17:00 horas del 15 de febrero del año en cuestión, se presentó ante la citada comisión a fin de entregar su solicitud de registro como precandidato; sin embargo, le fue negada su recepción, pues le fue impedido el acceso al interior del inmueble respectivo.

3. *Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.* El mismo día 15, el actor promovió juicio ciudadano federal ante el Instituto

Federal Electoral ante la mencionada negativa, toda vez que según su dicho el instituto político también se negó a recibir su demanda.

Consideraciones de la Sala Superior

El sentido del fallo fue ordenar al instituto político demandado que se tuvieran por entregadas oportunamente las solicitudes de registro, a fin que éste resolviera, conforme a la normatividad interna aplicable, lo conducente respecto a tal registro de precandidatura.

Para ello, se valió en lo medular, de los siguientes razonamientos:

- a) En primer término, la resolutora estableció que el tema principal en el debate es determinar si efectivamente existió alguna cuestión de hecho que impactó directamente en la obstrucción del ejercicio al derecho del voto pasivo, mismo que se traduce en el impedimento al acceso al interior del inmueble respectivo del que se duele el actor.
- b) Reconoce expresamente que el actor no exhibe alguna prueba directa de la cual se permita inferir que se haya presentado a las 17:00 horas en las oficinas partidistas.
- c) Respecto de las documentales aportadas por el instituto político demandado, consistentes en el acta de instalación de la mesa de registro de precandidatos, así como la bitácora de visitantes, son desestimados al considerar que no son idóneos para acreditar la inasistencia del actor en las relatadas circunstancias.
- d) Partiendo de la documental presentada por el actor ante el Instituto Federal Electoral, la Sala infiere según su perspectiva, en función de la presuncional humana, que el actor presentó los documentos relativos a

su registro, así como su medio de impugnación, en la oficialía de partes de la Secretaría Ejecutiva del citado instituto, en virtud que no se le recibió en el instituto político responsable.

- e) De este modo, la Sala refiere que ante la negativa de acceso a las instalaciones partidistas, es aceptable que el militante hubiera acudido a las oficinas centrales del Instituto Federal Electoral, a efecto de presentar un medio de impugnación en contra de la obstaculización para permitirle el acceso y entrega de documentación relativa al registro de la precandidatura aspirada y, en dicho medio de impugnación, acompañara las constancias relativas a su registro.
- f) Por cuanto hace a la temática del horario, si bien el actor se presentó a las instalaciones del partido durante el receso del último día de registro, esto es a las 17:00 horas, cuando el horario de operación de la mesa de registro sería el matutino de las 10:00 a las 15:00 horas y el vespertino de las 18:00 a las 20:00 horas; tal situación no podría generar un perjuicio al actor, pues debe distinguirse entre el horario de operación de la Comisión Nacional de Elecciones de Movimiento Ciudadano, y el horario de acceso a las instalaciones del partido político.
- g) Por esa razón, se estableció que no había razón que justificara la negativa de acceso, puesto que no se trataba de un horario inhábil, sino de un receso temporal, y el haber llegado a las 17:00 horas a las instalaciones del partido político, no podría generarle una afectación al actor, puesto que habría llegado con tiempo suficiente para tener acceso al inmueble y alistar sus documentos para registrarse en el horario vespertino.
- h) Por lo anterior, se concluyó que el órgano responsable no logró demostrar su afirmación y, por el contrario, el dicho del actor quedó

demostrado de manera indiciaria, y por ende, debe prevalecer sobre la afirmación no probada del órgano responsable.

Conclusiones

Antes de proceder a fijar una postura argumentativa en la que se pretenda demostrar que la determinación de la Sala Superior, en aras de un supuesto garantismo lesionó el principio de juridicidad, cabe destacar algunas intervenciones de los Magistrados que integraron el voto mayoritario, las cuales aportan al debate elementos diferentes a los establecidos en la sentencia de mérito, mismos que han sido descritos anteriormente.

Por ejemplo, en palabras del Magistrado Pedro Esteban Penagos⁸⁸, pareciera que el acceso a la justicia se ve reflejado al acogerse la pretensión del actor, lo cual se estima inexacto, toda vez que en realidad la garantía de acceso a la justicia consiste en la posibilidad de hacer valer ante órganos jurisdiccionales previamente establecidos un derecho de acción a fin de reclamar mediante el proceso o la vía jurisdiccional idónea, una prestación, declaración o constitución de estado de cosas que se considera debido en Derecho. Es decir, la imprecisión estriba en que el acceso a la justicia no garantiza *per se* que el justiciable tenga la razón, o que su pretensión deba verse colmada, sino que únicamente debe limitarse a la obligación estatal de garantizar la existencia de

⁸⁸ “...una protección más amplia a sus derechos y atendiendo a lo que establece el art 17 de la Constitución, en el sentido de que se debe otorgar acceso pleno a la justicia es posible inferir que existe presuntivamente y razonablemente el criterio o simplemente la demostración con prueba indirecta de que los actores sí acudieron en tiempo al partido a presentar su documentación de registro. Lo hicieron en tiempo ante otra autoridad, el último día del registro de las candidaturas, precisamente, por esa presunción, porque o lo presentaron dentro del horario y en tiempo, exactamente ante el Instituto Federal Electoral porque aducen que se encontraban cerradas las oficinas del partido a las 17:00 horas de ese mismo día, no obstante que fue fuera del horario establecido para ese efecto, debe entenderse que existe duda para tener pues como actualizada la causal de improcedencia (...) los proyectos están en el sentido de resolver lo más favorable al justiciable, en el sentido de hacer el acceso a la justicia lo más pleno, el acceso pleno a la justicia en respeto a uno de los derechos fundamentales(...)” Sesión Pública Sala Superior, 01 de marzo de 2012, consultable en www.trife.gob.mx.

órganos que cuenten con las características suficientes que permitan la solución de controversias a través del proceso, de forma tal que como se señaló en el primer capítulo de esta tesis, pueda mantenerse vigente el Estado de Derecho.

En este tenor de ideas, resulta pertinente señalar lo que establece al respecto el Pacto de San José:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Nuestra Ley Fundamental por su parte dispone:

Artículo 17. (...)

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Según se aprecia de la transcripción efectuada, tanto nuestra Constitución Federal como el artículo 8 del referido pacto internacional guardan identidad en términos generales al establecer el derecho a la jurisdicción, o en otras palabras, el acceso a la justicia bajo los lineamientos que ya han sido descritos.

Aun en ese instrumento internacional, se advierte que ese derecho humano no implica o abarca que toda pretensión planteada ante los tribunales deba acogerse, como parece aducirlo el Magistrado Penagos. En otros términos, esta garantía guarda relación con el debido proceso legal, es decir, que el

sistema de actos desplegados por el juzgador y las partes observen determinadas formalidades que permitan asegurar un mínimo de igualdad y seguridad jurídicas, pero, se insiste, ello únicamente otorga al gobernado la posibilidad de entablar la acción respectiva y ya será el jurisdicente quien, seguida la secuela procesal correspondiente, emita su fallo en el que se determine el Derecho al caso concreto.

Por tales razones, es que no se comparten las nociones expuestas por el Magistrado Penagos, pues su idea de garantismo, su ánimo de “*resolver lo más favorable al justiciable, en el sentido de hacer el acceso a la justicia lo más pleno*” no debe conllevar implícito un estudio de fondo sobre la cuestión planteada.

En efecto, aun cuando se hubiese adoptado el criterio sostenido por la minoría, en ningún momento se vería afectada su garantía de acceso a la justicia: por el contrario, se observa y se respeta toda vez que la demanda promovida por el actor siguió las fases procesales correspondientes, el instituto político como contraparte tuvo la oportunidad de ser oído y el juzgador reunió los elementos de imparcialidad, objetividad e independencia. Así, someramente, bajo ese escenario, se advierte que el acceso a la justicia para el actor se habría respetado y este hubiese sido oído y vencido en juicio como lo prevé el derecho humano en comento, por lo que el garantismo, en esta parte, no tiene una aplicación real.

Por su parte, el Magistrado Manuel González Oropeza⁸⁹ estableció en su primera intervención que la litis incidía en materia de derechos humanos y

⁸⁹ “...no me satisface los minutos ni las horas para la protección de los derechos políticos. Para mi creo que es una posición demasiado formalista, aunque respetable. La convocatoria no es la ley suprema de la unión. La ley suprema de la unión son los derechos políticos, la constitución (...) Creo yo que hay que interpretar racionalmente estas disposiciones, y la racionalidad nos apunta hacia aplicar y respetar más los derechos humanos y no el reloj”. Sesión Pública Sala Superior, 01 de marzo de 2012, consultable en www.trife.gob.mx.

señaló por ende que al caso debía interpretarse racionalmente la Constitución, y no el reloj, haciendo alusión a que el partido político impuso horarios “burocráticos” –en su opinión– que a la postre podrían derivar en perjuicio a los militantes de ese instituto político.

Estos argumentos resultan insostenibles, en primer término, porque si bien se reconoce que la Constitución Federal es el ápice normativo de nuestro sistema jurídico, lo es también que en el caso lo que tiene que ser objeto de interpretación, si fuese el caso, sería la convocatoria.

Es decir, la convocatoria se estableció por parte del instituto político a fin de dar a conocer a sus militantes e interesados el procedimiento que tendría verificativo con el objeto de registrar las precandidaturas a diferentes cargos de elección popular, por lo que al existir controversia en torno a los horarios establecidos en ésta, resulta evidente que la Constitución eventualmente podría fungir como un marco referencial, pero la interpretación no podría comenzar en dicho alto ordenamiento federal.

En consecuencia, debe estarse a lo establecido en la convocatoria, la cual de haberse considerado anticonstitucional o ilegal, pudo ser impugnada oportunamente, lo que en la especie no aconteció.

Por esta razón, una interpretación que parte de forma aislada de la Constitución para después pretender aterrizarla en un caso específico, soslayando la existencia de un elemento jurídico, reconocido por ambas partes no puede ser admisible, ya que dicha convocatoria constituye un acto jurídico válido cuyos deberes legales deben ser acatados por las partes obligadas.

En efecto, a través de la convocatoria se establecieron –en lo que interesa al caso– entre otros contenidos obligacionales, al partido Movimiento Ciudadano

la carga de recibir la documentación relativa al registro de precandidaturas en los horarios, lugar y con las características ahí establecidas, de forma tal que los interesados de forma sinalagmática también adquirieron el deber de corresponder a tales modalidades, si su deseo era el obtener el registro aludido.

Por los motivos apuntados, es que se considera que no tiene cabida *prima facie* un llamado a la interpretación Constitucional, máxime que los horarios establecidos para la recepción de documentación no son equívocos o dan lugar a confusión semántica alguna.

En segundo término, en armonía con las razones anteriormente señaladas, es pertinente destacar que el actor –como de manera tácita lo reconoce la mayoría al establecer en la sentencia que no existe prueba directa alguna relativa– no establece que haya estado dentro de los horarios establecidos y se le haya negado el acceso.

Es decir, el actor afirmó que se presentó a las 17:00 horas del día establecido para los efectos del registro, cuando los horarios de operación de la mesa de registro sería el matutino de las 10:00 a las 15:00 horas y el vespertino de las 18:00 a las 20:00 horas, lo que hace dudar que efectivamente se haya apersonado como lo afirma, pues de haber sido el caso, hubiese sido más sencillo esperar el horario precisado en la convocatoria de mérito y después, con mejor Derecho, esgrimir que le fue impedido el acceso pese a que se encontraba en el horario fijado por esa convocatoria.

De ahí que, como lo refirió la minoría, no resulte conducente realizar una interpretación extensiva o invocar nociones garantistas, ya que como ha quedado expuesto, los elementos de convicción no resultan suficientes para acoger la pretensión del promovente.

El garantismo artificial

Ahora bien, como ha quedado expuesto, en el caso expuesto fue utilizado un garantismo que puede describirse como artificial, pues si bien no cabe duda que su finalidad bajo ciertos matices puede ser descrita como moralmente correcta, esta concepción se despega del valor fundamental de certeza jurídica, pues parte de elementos argumentativos endebles en los que se no se encuentra una justificación sólida que permita sostener su aplicación.

En otras palabras, el resolver de manera recurrente como se hizo en el presente asunto, puede conllevar el riesgo que los ciudadanos soliciten una protección bajo el estandarte garantista y paulatinamente se haga una transición –retroceso, en realidad– de casos fáciles a difíciles.

Como ejemplo de lo anterior supongamos que un promovente presenta una demanda de forma extemporánea. Existen ya varios precedentes, tesis y jurisprudencia, en las cuales se establece que, de manera excepcional, será válida la presentación del documento respectivo si ésta se realiza en la primera hora hábil del día siguiente al del vencimiento del plazo, en tratándose de órganos que no reciben documentos las 24 horas del día⁹⁰.

En tales criterios, se ha delimitado con precisión que el plazo concedido como compensación a que el órgano no esté en aptitud de recibir documentación de manera ininterrumpida es de una hora: 60 minutos.

⁹⁰ Resulta ilustrativa la Jurisprudencia 2a./J.108/2009 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, agosto de 2009, página 154 con rubro "DEMANDA DE AMPARO DIRECTO. ES OPORTUNA SU PRESENTACIÓN EN LA PRIMERA HORA HÁBIL DEL DÍA SIGUIENTE AL DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO, CUANDO CON MOTIVO DE UN HORARIO DE LABORES FIJADO EN ACUERDOS ADMINISTRATIVOS O LEYES SECUNDARIAS SE RESTRINGIERON LAS VEINTICUATRO HORAS".

¿Qué sucede entonces si un accionante promueve un juicio 2 horas después, argumentando que había demasiado tráfico, que ocurrió un accidente vial o cualquier otra razón imaginable?

El desechamiento debe ser de plano, desde luego. Sin embargo, el caso reseñado nos ha demostrado lo contrario. Nos ha dejado ver que, frente a un caso fácil, en que la subsunción del hecho a la norma es típica, por encuadrarse ambos sin conflicto alguno, pasa a ser un caso difícil, en el que innecesariamente se ven involucrados juicios garantistas.

Por lo anterior es que las decisiones garantistas deben ser sumamente cautelosas. El juez –ya no sólo el constitucional, por mandato de nuestra ley suprema– tiene la alta encomienda de maximizar los derechos humanos, de percibir los desperfectos del sistema y encontrar el Derecho más adecuado para cada caso particular. Sí, pero ello no debe implicar una inobservancia al sistema legal. Señaló con gran acierto el Magistrado Flavio Galván que en efecto, el artículo primero constitucional era de vital importancia para el marco jurídico actual, pero la Constitución no terminaba ahí. Se tienen otros artículos, como el 16 y el 17. Integrar, hacer compatibles, procurar impedir que ambos fenómenos jurídicos se atropellen no es una tarea sencilla. Pero puede aminorarse esa dificultad si se parten de ciertas reglas que permitan identificar los casos en que el garantismo sí resulta benéfico, como una auténtica corrección al sistema legal y no como un remedio falso que lo perjudique.

4.3. Sentencia SDF-JRC-30/2012

Temática

Ponderación en torno al principio de certeza⁹¹ y el derecho al voto pasivo en función de la cuota de género.

Antecedentes

1. *Inicio del proceso electoral.* El 7 de octubre de 2011, el Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal, declaró el inicio del proceso electoral ordinario en dicha entidad federativa.

2. *Solicitudes de registro.* El 2 de abril del presente año, los partidos de la Revolución Democrática, del Trabajo y Movimiento Ciudadano realizaron las solicitudes de candidatos a jefes delegacionales, en los cuales la composición de género quedó constituida en una proporción de 10 hombres por 6 mujeres. Tales solicitudes fueron aprobadas el 11 de mayo siguiente.

3. *Juicio electoral.* El 17 de mayo posterior, el Partido Acción Nacional promovió juicio electoral (instancia local) a fin de impugnar los acuerdos por los cuales se aprobaron tales registros, aduciendo que dicha proporción –10 y 6– vulneraba lo establecido en el artículo 296 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distrito Federal, por cuanto hace a cuota de género.

⁹¹ “El significado de este principio radica en que la acción o acciones que se efectúen, serán del todo veraces, reales y apegadas a los hechos, esto es, que el resultado de los procesos sean completamente verificables, fidedignos y confiables” Instituto Federal Electoral, citado por GALVÁN, Flavio. *Derecho procesal electoral mexicano*, 2ª edición, editorial Porrúa, México, 2006, p. 60.

4. *Resolución de la instancia local.* El 8 de junio siguiente, el Tribunal Electoral del Distrito Federal desestimó la acción intentada y confirmó los acuerdos impugnados.

5. *Juicio de Revisión Constitucional Electoral.* El 13 de junio inmediato posterior el inconforme promovió juicio de revisión constitucional electoral (instancia federal) ante la Sala Regional con sede en el Distrito Federal; instancia en la cual los acuerdos combatidos fueron revocados y se ordenó a los institutos políticos interesados realizar las sustituciones pertinentes a fin de alcanzar una proporción de 9 a 7, cumplimentando lo previsto en el artículo 296 supracitado.

6. *Recurso de Reconsideración.* El 29 de junio posterior, los partidos afectados con la determinación descrita en el párrafo que antecede, promovieron recurso de reconsideración ante la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación⁹²; última instancia que determinó revocar la sentencia de la Sala Regional y por ende, dejar incólumes los acuerdos del Instituto Electoral del Distrito Federal primigeniamente impugnados.

Cuestión previa

Debe tenerse presente el contexto en que fue emitido el fallo de la Sala Regional, toda vez que éste se emitió el 28 de junio del presente año; esto es, 2 días antes que tuviera verificativo la jornada electoral en el Distrito Federal.

De este modo, se considera, que tomando en consideración la naturaleza de la materia electoral, en la cual los plazos son fatales y la figura de la irreparabilidad⁹³ es recurrente según las fases del proceso electoral, la Sala

⁹² Sentencia de 30 de junio de 2012 recaída al expediente identificado con la clave SUP-REC-077/2012 y acumulado.

⁹³ Al respecto resulta ilustrativa la tesis con rubro "PROCESO ELECTORAL. SUPUESTO EN QUE EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD DE CADA UNA DE SUS ETAPAS PROPICIA LA

Regional debió haber realizado un ejercicio de ponderación diverso, en el que por las razones que más adelante se explican, no hubiese optado por potencializar el derecho ciudadano al voto pasivo⁹⁴.

Consideraciones de la Sala Regional

Dicho órgano jurisdiccional federal, en lo esencial, a fin de sostener su determinación de revocar los acuerdos emitidos por el Instituto Electoral del Distrito Federal, y por ende la sustitución de candidatos relativa, esgrimió los siguientes argumentos:

- a) Que no resulta relevante el tipo de cargo para el cual se postulan los candidatos (colegiados o unipersonales) ya que el referido numeral 296 no establece dicha distinción.
- b) Que la cuota de género es una acción discriminatoria positiva de carácter vanguardista, y su inobservancia implicaría desconocer el principio de progresividad de los derechos y se estaría haciendo, en consecuencia, una interpretación regresiva del derecho alcanzado⁹⁵.
- c) Que la teoría de los números aplicada en la instancia local, no debió

IRREPARABILIDAD DE LAS PRETENDIDAS VIOLACIONES COMETIDAS EN UNA ETAPA ANTERIOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TAMAULIPAS Y SIMILARES).” Consultable en www.trife.gob.mx.

⁹⁴El único señalamiento relativo a temporalidad que realiza la Sala Regional es el pronunciamiento en torno a la procedibilidad del juicio por cuanto hace al requisito de reparabilidad: es decir, la Sala estimó que el acto se tornaría irreparable tomando en consideración la fecha de toma de posesión de los funcionarios electos, pasando por alto el día de la jornada electoral.

⁹⁵**Progresividad.** Implica gradualidad (la efectividad de los derechos no se logra en un solo paso, deben definirse metas a corto, mediano y largo plazo) y progreso (el disfrute de los derechos siempre debe mejorar).

Regresividad. Una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el Estado no puede salvo en ciertas circunstancias disminuir el nivel alcanzado, lo cual debe ser observado en toda conducta estatal que afecte derechos. Véase Vázquez Daniel y Serrano Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, IJ-UNAM, México, 2011, p. 163.

observarse dado que se le equipara con un argumento de autoridad que no cumple con los requisitos necesarios para ser eficaz.

Cabe mencionar que, en armonía con los razonamientos expuestos, ante la instancia local se formuló un voto particular (del Magistrado Armando Maitret), en el sentido de observar la cuota de género con las consecuencias positivas jurídicas y sociales que ello implicaba.

Sin embargo, es menester mencionar que el fallo del Tribunal Electoral del Distrito Federal se produjo el día 8 de junio del presente año; es decir, 22 días antes de que tuviera verificativo la jornada electoral en esta entidad federativa.

De este modo, de forma evidente, no resultaba exigible a dicha instancia local formular un argumento considerando la proximidad de los comicios, dado que, a la fecha de su resolución, aún se contaba con el tiempo suficiente para que, de haber sido el caso, se hubiesen producido las sustituciones de candidatos relativas sin vulnerar el principio de certeza.

En este orden de ideas, conforme al autor Robert Alexy, *“la ponderación es determinar cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”*⁹⁶. Tiene su fundamento en la ley de ponderación expresada por el mismo autor: *“Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o detrimento de un derecho o principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro”*⁹⁷.

De lo anterior, se sigue que la ponderación podría ser considerada como una técnica para resolver conflictos de derechos fundamentales. Los jueces

⁹⁶ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2001, p. 90.

⁹⁷*Idem*, p. 102.

tendrían la facultad para poder determinar en un caso concreto, cuál es el derecho fundamental que debería prevalecer en una hipótesis de conflicto por intermedio de la ponderación de principios.

En ese contexto, la ley de ponderación se divide en tres etapas: 1) determinar el grado de no satisfacción o restricción de un principio, 2) determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y 3) determinar si la importancia del principio contrario, justifica la no satisfacción o restricción del otro principio⁹⁸.

Por lo anterior, lo que trata de demostrar Alexy, es la posibilidad de efectuar juicios racionales donde el juez pueda determinar el grado de importancia del derecho fundamental que debe optimizarse. Así, plantea una escala con los grados “leve”, “medio” y “grave”.

En el caso que nos ocupa, la Sala Regional fue omisa en pronunciarse sustancialmente en torno a la proximidad de la jornada electoral –como realizó la Sala Superior con posterioridad– pese a que al momento de su emisión restaban menos de 60 horas para que los ciudadanos acudieran a sufragar⁹⁹.

⁹⁸ Tales elementos se encuentran reconocidos en el sistema jurídico mexicano, siendo ejemplo de ello la tesis aislada del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de la Novena Época número XXII de octubre de 2005, con rubro “SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. DEBE NEGARSE CONFORME A LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS, CUANDO EL INTERÉS SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO, ES PREFERENTE AL DE LA QUEJOSA”,

⁹⁹ Resulta ilustrativa la intervención del Magistrado Flavio Galván en los siguientes términos: “*Son las 17 horas con cinco minutos del 30 de junio de 2012, pocas horas le restan a este día, siete horas aproximadamente o seis horas y minutos. A las ocho horas del día de mañana se deben instalar las casillas para la recepción de la votación de los ciudadanos de cada una de las 16 circunscripciones plurinominales que constituyen el Distrito Federal, a fin de elegir a los jefes de demarcación territorial. Y a menos de 15 horas de iniciar la jornada electoral vamos a resolver si estuvieron bien o mal registrados los candidatos postulados por los partidos políticos recurrentes hace aproximadamente dos meses, ¿vamos a 15 horas de diferencia a mandar una resolución que pudiera no ser conocida por la ciudadanía del Distrito Federal?*” Sesión Pública, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 30 de junio de 2012. Consultable en la dirección electrónica www.trife.gob.mx

Es decir, en otras condiciones podría estimarse que la argumentación vertida por la Sala Regional alcanzaría los cánones de razonabilidad pretendidos (al dar mayor peso a la participación de las mujeres en función de la cuota de género); sin embargo, tales intenciones se ven opacadas al considerar que dicho órgano jurisdiccional recibió el asunto el día 13 de junio y lo resolvió hasta el 28 siguiente, 15 días después de su recepción lo cual en tratándose de la materia electoral, en un contexto de proceso electoral, puede estimarse tardío o demorado.

En ese contexto, es dable concluir, que resultaba válido y exigible a dicho órgano jurisdiccional que al momento de emitir su resolución hubiese considerado este factor de temporalidad como determinante, lo cual se hubiera traducido en la confirmación de los actos impugnados.

Para mayor claridad de las ideas expuestas, se estima oportuno insertar el siguiente cuadro:

	Instancia	Elementos de ponderación	Temporalidad determinante	Sentido del fallo
1	Tribunal Electoral del Distrito Federal	Voto pasivo / Equidad de género	NO	Confirmar registro primigenio
2	Sala Regional con sede en el Distrito Federal del TEPJF	Voto pasivo / Equidad de género	SI	Ordenar sustitución de candidatos
3	Sala Superior del TEPJF	Temporalidad (principio de certeza) / Importancia cuota de género (voto pasivo)	SI	Confirmar registro primigenio

Conclusiones

Si bien en principio la resolución adoptada por la Sala Regional podría estimarse como adecuada, dada la cercanía de la jornada electoral, ésta debió haber considerado, como eje de los argumentos vertidos en su sentencia, el factor de temporalidad, pues como razonó la Sala Superior, vulneró el principio de certeza, al haber emitido su determinación con premura ante el día de la jornada electoral en el Distrito Federal, por lo que no era posible realizar la sustitución de candidatos como lo ordenó.

Así, en aras de potencializar el derecho al sufragio pasivo de las ciudadanas por cuestión de equidad de género, descuidó el principio de certeza que necesariamente debe regir en toda contienda electoral, ya que no resultaba posible para los partidos políticos afectados dar aviso oportunamente del cambio de candidatos a la ciudadanía, así como permitir a los nuevos candidatos realizar algún acto de proselitismo, toda vez que conforme al calendario electoral del Distrito Federal, las campañas electorales también habían finalizado.

Por lo tanto, si bien no se considera inferior la importancia de la participación de ambos géneros en la vida política del país, en condiciones de equidad, también se debe tener presente que dentro de las circunstancias acotadas la certeza a favor de los ciudadanos de saber hacia qué personas está dirigido su sufragio resulta de mayor peso, pues se tutela con mayor amplitud el voto activo de varios miles de ciudadanos, en contraposición al (visto de este modo, leve) perjuicio de algunas ciudadanas en su derecho al voto pasivo¹⁰⁰.

¹⁰⁰Señaló al respecto el Magistrado Salvador Nava: “...tendríamos en jaque la equidad en la contienda, porque aquella candidata que resultara ser la sustituta del sustituido, pues no tendría respecto de los contendientes con los que está participando, una situación de desventaja porque no podría llevar a cabo un solo acto para darse a conocer con la ciudadanía que los va a votar. (...) Creo que sería un mal mayor el hecho de generar que aquellas personas que votan, voten por una persona y que resulte electa otra, siendo triunfador el partido por el que votó.” Sesión Pública, Sala

V. CAPITULO QUINTO. *Una propuesta de uso del garantismo judicial.*

No hay derecho sin jurisdicción, ni Estado de Derecho sin independencia judicial, ni derechos sin jueces.
Manuel Aragón

“Formalismo y activismo son el Escila y el Caribdis que han de procurar evitarse en el oficio de juez. El formalismo se manifiesta en la tendencia a no tomar en consideración las razones subyacentes de las normas. Y el activismo en la propensión a minusvalorar el mérito de los textos, el imperio de la ley y la división de poderes, en cuanto valores esenciales del Estado de derecho y cuya razón de ser no es otra que proteger a los individuos frente a la arbitrariedad judicial”¹⁰¹.

La cita anterior, de Manuel Atienza, parece describir con precisión y en pocas palabras la situación del juez contemporáneo. En los capítulos anteriores se realizó un recorrido a fin de intentar evidenciar que el uso del garantismo, bajo los cánones señalados no resultó ser del todo adecuado o convincente, aunque también se reconoció su utilidad bajo determinados supuestos.

Sostener ambas posturas no es contradictorio, sino que exige identificar qué elementos se encontraban presentes en los últimos casos que hicieron de la figura garantista un aspecto benéfico, que no aparecen en los primeros de forma tal que puedan advertirse los supuestos en los cuales conviene su aplicación, o incluso, es necesaria. Esto es, alcanzar un equilibrio, por complicado que parezca.

Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 30 de junio de 2012. Consultable en la dirección electrónica www.trife.gob.mx.

¹⁰¹ ATIENZA, Manuel. *Tres comentarios a tres sentencias del TEPJF*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009.

Este avance a lo largo del estrecho canal –retomando la metáfora citada por Atienza– no es menos peligroso. Si bien es del conocimiento popular que todo exceso es dañino, en la función del juez esta característica se magnifica, dado que como se adelantó desde la introducción del presente trabajo, el fenómeno jurídico se encuentra en constante transformación debido a que requiere adecuarse de la mejor forma a la realidad que pretende regular. Así, el derecho cambia constantemente, aunque parezca contradictorio al principio esencial de certeza.

De ahí que se advierta que la meta, de proponer algunos lineamientos bajo los cuales deba utilizarse el garantismo no resulte sencilla, y exista el riesgo latente –al navegar en el estrecho canal de lo razonable– de arribar a ideas contradictorias.

Por lo anterior, también en el presente capítulo se citan algunos casos resueltos por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pues a usanza de la teoría de Ronald Dworkin, se considera pertinente siempre aterrizar las ideas formuladas con ejemplos prácticos, que al menos en primer término evidencien que teoría y realidad deben complementarse y nunca divorciarse.

Así las cosas, en primer término se realiza la distinción entre garantismo y suplencia, como última pieza que se considera indispensable para integrar por completo el rompecabezas garantista, para después proponer dos supuestos en los cuales, por las razones que se anotan, el garantismo cobra plena eficacia y vigencia, o en su caso, un neoconstitucionalismo, al cual conforme a sus características, se le considera su siguiente paso evolutivo. Y es que, como se comentó anteriormente, a veces las definiciones no resultan útiles. Debemos enfocarnos en los efectos y características, pues el nombre, en tales circunstancias, no esclarece mucho.

5.1 Distinción entre garantismo y suplencia.

Conforme a las ideas hasta aquí expuestas, tal vez podría considerarse que el modelo garantista, en realidad, no establece un planteamiento novedoso, y pudiera ser comprendido como un esquema con mayor amplitud de la conocida figura de suplencia. El objeto de este apartado es procurar evidenciar las diferencias entre ambas figuras, a fin de concluir que el esquema garantista tiene mayor amplitud, y termina “absorbiendo” al vocablo inicial de suplencia, y cómo su aplicación requiere mayor responsabilidad judicial.

De acuerdo al Diccionario Jurídico Mexicano¹⁰², la suplencia se puede caracterizar como el conjunto de atribuciones que se confieren al juez del amparo para corregir los errores o deficiencias en que incurran los reclamantes que, por su debilidad económica y cultural, carecen de un debido asesoramiento, y que puede extenderse, como ocurre en el proceso social agrario, a los diversos actos procesales de la parte débil, incluyendo el ofrecimiento y desahogo de los medios de prueba.

Dicho de otra forma, la suplencia tiene por objeto aportar consideraciones oficiosas que fortalezcan las planteadas por el accionante, o bien, en ciertos casos, sustituirse por completo a éste para su formulación, tomando en consideración la situación de desventaja social, económica o cultural en que se encuentra.

De estas ideas es posible distinguir las siguientes diferencias:

¹⁰² Voz *Suplencia de la queja*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/33F75008-201E-4432-9E1A-C0696BB7EC8C/FinalDownload/DownloadId-91EEBBD742443CB5F7E04D5968871A4/33F75008-201E-4432-9E1A-C0696BB7EC8C/libros/3/1175/9.pdf>

	Suplencia	Garantismo
1	Tiene aplicación una vez que la acción intentada es procedente	Tiene aplicación durante todo el proceso, pues es una noción integral
2	Históricamente, se aplica a grupos vulnerables o en posición de desventaja económica o social.	Busca su aplicación de forma general, sin distinciones.
3	Opera en materias específicas	Su implementación pretende ser general

Por cuanto hace a la primera distinción, es importante resaltar que la suplencia sólo es aplicable una vez que la demanda ha sido admitida: se limita a la fase de la instrucción por lo que no es posible invocarla en cuestiones de procedibilidad, por ejemplo.

En efecto, de acuerdo a criterios del Poder Judicial de la Federación¹⁰³, para que opere la señalada institución procesal es requisito *sine qua non* verificar la procedencia del juicio de amparo para dar cumplimiento exacto a las normas que lo regulan, ya que la suplencia de la queja deficiente no puede llegar al extremo de hacer procedente un medio de impugnación que conforme a la ley, no lo es; de considerar lo contrario, al hacer procedentes juicios de garantías en los que se actualiza alguna causal de improcedencia, conllevaría el quebrantamiento de las reglas que rigen tal instancia de control constitucional.

Esta situación acarrea una limitante para la suplencia, pues constriñe a los justiciables a colmar exhaustivamente los requisitos de procedencia para

¹⁰³ Por ejemplo, la tesis aislada LXXXIII/2012 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIV, tomo 2, noviembre de 2012, página 1588 con rubro "SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL AMPARO AGRARIO. PARA QUE OPERE ES INDISPENSABLE VERIFICAR LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO".

después acogerse a sus beneficios, cuando en ocasiones tales condiciones procesales son desproporcionales, o bien, inadecuadas¹⁰⁴.

Visto lo anterior, el esquema garantista ofrece una mejor protección al gobernado al momento de acceder a la jurisdicción estatal, al permitirle bajo ciertas condiciones, contar con el auxilio judicial al momento de cuestionar la procedencia de su acción; desde luego se comprende la preocupación que se comparte a través de los comentarios vertidos en diversos criterios del Poder Judicial de la Federación, en cuanto a que el uso exacerbado de la suplencia podría dar lugar, indebidamente, a la admisión de un juicio con una causal de improcedencia a costas.

Sin embargo, son precisamente en situaciones como estas, en las que el juzgador debe mostrarse alerta y atento antes las circunstancias específicas bajo las cuales esté en la mejor aptitud de determinar si es aplicable un garantismo, por “suave” que sea, o bien, es mejor constreñirse a lo establecido en ley.

Al guardar relación entre sí, los puntos de comparación 2 y 3 se comentan conjuntamente, ya que ambos inciden en un tema en común: una especie de discriminación positiva.

Como ejemplo, de la lectura del artículo 79 de la Ley de Amparo vigente, se advierten diversos supuestos en los cuales el juzgador deberá suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios, en los cuales se encuentran los sujetos clásicos de derecho social: el trabajador en materia laboral, y los núcleos de población ejidal, ejidatarios y comuneros en materia agraria.

¹⁰⁴ *Infra* p. 167.

La novedad en esta reciente ley es el penúltimo párrafo, el cual establece de manera literal: “*En los casos de las fracciones I, II, III, IV, V y VII¹⁰⁵ de este artículo la suplencia se dará aún ante la ausencia de conceptos de violación o agravios*”.

Si bien se está de acuerdo con la figura de la suplencia –aun con la limitante descrita en párrafos anteriores– máxime si se trata de grupos vulnerables a fin que el principio de equidad procesal pretenda cumplimentarse de forma integral, y no limitarse a una mero trato igualitario respecto a oportunidades procesales, lo cierto es que no deja de contener un rasgo discriminatorio, (positivo si se desea agregar) pero que no deja de ser un componente limitado, a diferencia del garantismo, que desde las concepciones primigenias de Ferrajoli, trata de buscar la protección de los derechos fundamentales de *todo* ciudadano, sin distinción.

Por ello, es que el nuevo esquema introducido en la reciente Ley de Amparo presenta un dejo garantista, tratando de ser más incluyente, sin embargo, pese a que la protección se haya ampliado, no la hace universal, y por ello la idea de suplencia, de nueva cuenta, debe estimarse inferior al esquema garantista.

Pese a que se considera que las diferencias anteriores son evidentes, en la actualidad la línea entre ambas figuras se ha tornado sutil, ya que a raíz de las reformas constitucionales de 10 de junio de 2011 –sobre todo por cuanto hace a la integración de convencionalidad– se tiene que la suplencia en la actualidad ha integrado a su acervo dicha figura, pues a través de criterios

¹⁰⁵ Brevemente, la fracción I se refiere a los casos en que el acto reclamado se funda en normas declaradas inconstitucionales por jurisprudencia; la fracción II, menores e incapaces; la fracción III, inculpado o sentenciado, y ofendido o víctima; las fracciones V y VI las materias laboral y agraria conforme a lo anteriormente expuesto, y VII en los casos que el promovente, por condiciones de socioeconómicas, se encuentre en clara desventaja.

jurisprudenciales¹⁰⁶ se reconoce la suplencia de la queja en los casos que se vulneren derechos humanos, lo cual trae aparejado, aun de forma implícita, un llamado a la teoría garantista.

Analizado lo anterior, puede advertirse que la tendencia contemporánea, en la que el garantismo comienza a permearse con mayor fuerza a través de las instituciones estatales, no sólo las jurisdiccionales, comienza a ser tema recurrente. Este nuevo paradigma, oculto o disimulado detrás del esquema de convencionalidad, exige una responsabilidad enorme a los jueces, quienes dentro de esta facultad renovada tienen mejores instrumentos para intentar alcanzar una respuesta razonable; respuesta que redimensiona al Estado democrático.

En efecto, la nueva sujeción garantista del juez a la ley válida, conforme a la Constitución, lo convierte en un *garante*: un ente facultado para avalar el cumplimiento de los principios y derechos fundamentales, examinando que los órganos estatales se ajusten a sus respectivos límites, y, en fin, ampliando una cultura jurídica a todos los ciudadanos. Esta ambiciosa meta puede cumplimentarse a través de diversas aristas, y en el presente caso, se pretenden enunciar algunas hipótesis bajo las cuales el juez requiere emplear el garantismo para alcanzar tan anhelable labor: dictar resoluciones *justas*.

¹⁰⁶ Se hace alusión a las jurisprudencias IV.2o.A. J/6 del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XX, tomo 2, mayo de 2013, página 1031; y XXVII.1o. J/3 del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, publicada en el mismo instrumento de difusión judicial en el Libro XVIII, tomo 3, marzo de 2013, página 1830 cuyos rubros, respectivamente, son los siguientes: “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL JUICIO DE AMPARO. SUS ALCANCES A RAÍZ DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 10 DE JUNIO DE 2011” y “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL JUICIO DE AMPARO. PROCEDE CUANDO EL JUZGADOR ADVIERTA LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS”.

5.2 Lineamientos que permitan identificar la idoneidad de la aplicación garantista: la necesidad de la razonabilidad.

Mucho se ha venido insistiendo en el presente trabajo la obligación de los jueces de alcanzar una respuesta “razonable” o “justa”. Ello se tiene presente, dado que los lineamientos que se consideran punto de partida de la aplicación garantista en esta investigación presentan, precisamente, ese calificativo. En tal virtud, es indispensable intentar proponer alguna definición o acercamiento al respecto, a fin de evidenciar la similitud que guarda con las reglas que se proponen.

Razón, racional y razonable son vocablos que evocan una idea similar, pero arriban a ella de diferentes formas. Primero, puede establecerse en un sentido lato que la razón es una actividad intelectual encaminada a comprender la realidad. Es, en palabras de Thomas Nagel, “*un intento de distinguir lo subjetivo de lo objetivo*”.¹⁰⁷ A partir de estos breves elementos, tomando en consideración las características de la ciencia, que tan cercana parece a lo que se intenta describir, se arriba a la conclusión que la razón se encuentra integrada por conocimientos que buscan objetividad y universalidad.

Se precisa: razón y ciencia no son sinónimos, pero la razón es el contenido fundamental de toda ciencia, que busca la comprensión con exactitud, mediante leyes, reglas o principios de los diversos campos de conocimiento del hombre. Como se advierte, la ciencia requiere razón, en tanto que la razón puede encontrarse presente en otras actividades que no sean estrictamente científicas. Así, puede hablarse de diversos términos que la citan como razón práctica, razón de Estado, entre otros.

¹⁰⁷ NAGEL, Thomas. *La Última Palabra*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2000, p. 35.

Luego, podría imaginarse que al hablar de razón, en sentido estricto, sólo podrían tener cabida las llamadas ciencias duras, como matemáticas, lógica, física, etcétera, por encontrar regularidades constantes y controlables en ellas. Es decir, porque tienen la capacidad de ser previsibles y universales. Pese a lo anterior, la razón no deja de tener participación relevante en otros campos, como lo son los juicios de carácter moral, e incluso el derecho.

Si bien en las páginas introductorias de esta tesis se cuestionaba sobre la posibilidad de hacer ciencia a partir del derecho, lamentablemente esta pregunta escapa a los fines del presente trabajo. Sin embargo, aun cuando esa interrogante quede sin respuesta, sí es posible afirmar algo: el derecho tal vez no pueda jactarse de una racionalidad pura, pero sí de ambicionar un alto grado de razonabilidad, por lo que no se debe abandonar *prima facie* un intento de búsqueda de lineamientos que permitan alcanzar cierta objetividad al interior de este complejo fenómeno social.

De lo anterior, es posible concluir, por un lado, que el término racional se deriva de forma inmediata de la razón: lo racional busca un dominio analítico sobre la realidad, y tiene como axiomas esenciales la universalidad y el pleno objetivismo. Es equiparable con el calificativo de exactitud.

En contraste, un primer acercamiento a lo razonable requiere tener en mente las palabras “consenso” y “aceptabilidad”. Chaim Perelman al respecto señala: *“Mientras las nociones de ‘razón’ y de ‘racionalidad’ se vinculan a criterios bien conocidos de la tradición filosófica, como las ideas de verdad, de coherencia y de eficacia, ‘lo razonable’ y ‘lo irrazonable’ están ligados a un margen de apreciación admisible y a lo que, excediendo los límites permitidos, parece socialmente inaceptable”*¹⁰⁸.

¹⁰⁸ PERELMAN, Chaim, citado por ATIENZA, Manuel. “Para una razonable definición de razonable”, en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 4, 1987, p. 191.

Lo razonable, si bien puede encontrar fundamento en criterios racionales, no siempre es así, pues permite una orientación hacia valores, que inciden en juicios que procuran establecer las formas correctas de vivir, lo que es bueno y malo para el hombre en lo individual, como en su conjunto en la sociedad.

De aquí es donde se desea plasmar que, conforme a lo expuesto en el capítulo respectivo de argumentación, el derecho tiende a poseer un mayor contenido de razonabilidad que racionabilidad. Esto es, el derecho para ser verdaderamente eficaz, debe gozar de aceptabilidad.

En nuestra sociedad mexicana, lamentablemente, el ciudadano promedio escucha al derecho, pero no encuentra ahí su propia voz. Cuando difícilmente alcanza a leer algún texto jurídico, no lo entiende. Y si le traducen sus contenidos, tiene razones para rechazarlos, para no sentirse identificados con ellos. Para no aceptarlos. El derecho no es lo que Rousseau soñaba que fuese: un espejo en donde la sociedad pueda mirarse y verse a sí misma reflejada. Un reflejo, además, de esa voluntad soberana.

Autores contemporáneos, como Habermas y Rawls, hacen alusión a estas ideas al hablar de consenso fáctico y consenso hipotético, respectivamente. Sea cual sea el término que se pretenda utilizar, la generalidad de las teorías jurídicas contemporáneas desembocan en la necesidad de legitimar la actividad judicial a través de argumentación robusta y adecuada que incluya factores de deliberación en la que las pluralidades democráticas puedan verse reflejadas. En pocas palabras, se busca la razonabilidad, una aceptación espontánea de los diversos estratos de significación que componen la sociedad en cuyo escenario la coacción estatal sea una medida excepcional para su cumplimiento.

En el caso, los lineamientos que a continuación se proponen buscan la razonabilidad apuntada, toda vez que se está consciente que su puerta es más ancha de lo que parece en un principio, y por ello, podrían colarse a través de ella con peligrosa facilidad criterios y determinaciones judiciales que pese a tener la apariencia de razonabilidad, no lo son¹⁰⁹.

Primer criterio.

Ampliación tutelar de un derecho con efectos hacia la generalidad.

El primer criterio que se propone consiste en examinar la viabilidad de dar nuevos alcances a un derecho, no previstos en un principio por ley, con la intención que a partir de esa determinación pueda beneficiarse el mayor número posible de personas.

Resultan evidentes al respecto los casos reseñados anteriormente¹¹⁰: la posibilidad de reencauzamiento del medio de impugnación si existe error en la denominación o vía; suplencia argumentativa *in genere*; y la protección al derecho pasivo de voto.

Se afirma lo anterior, toda vez que las cuestiones enunciadas, en común, comparten los elementos de la propuesta: 1) maximizan un derecho a través de efectos que no se tenían previstos originalmente en el sistema jurídico, ni siquiera mediante esquemas de convencionalidad; y 2) dieron motivo a la integración de sendos criterios jurisprudenciales, con lo cual se confirmó no sólo su utilidad, sino el espíritu de generalidad, que necesariamente debe versar en el ejercicio garantista pleno.

Ahora bien, no se advierten estos elementos en la resolución del caso Hank Rhon (reseñada con anterioridad) por lo que se puede advertir que el

¹⁰⁹ Supuesto en el que se encuentran las resoluciones comentadas en el capítulo 4 de este trabajo.

¹¹⁰ *Supra* p. 103.

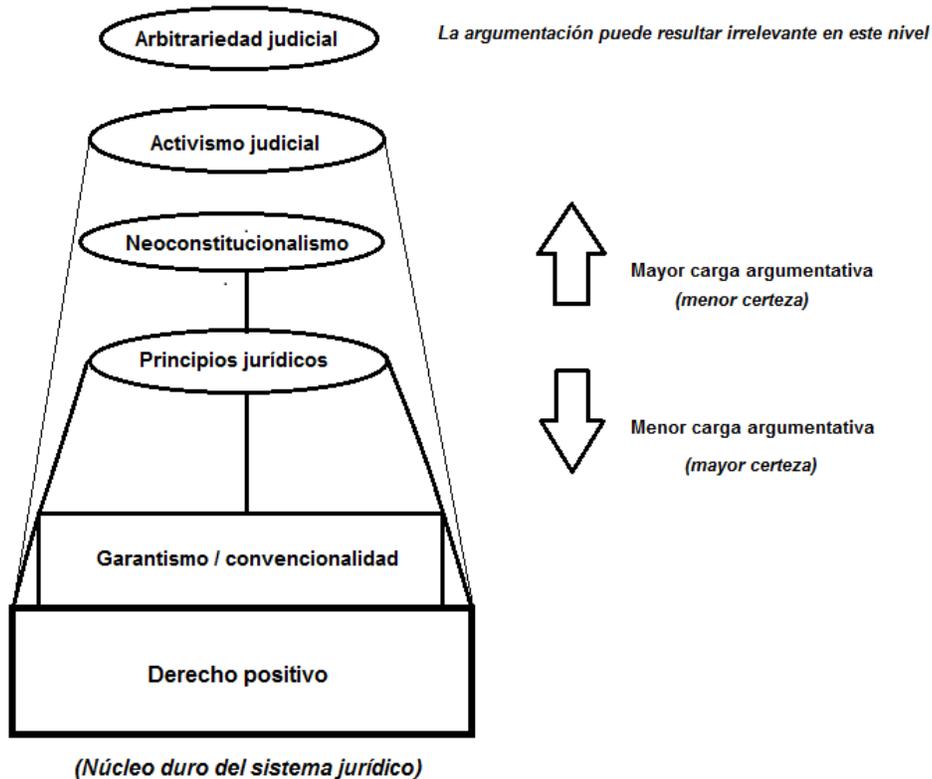
“garantismo” ahí efectuado, adolece de diversos vicios.

Se dice lo anterior, toda vez que 1) Se soslayó caprichosamente el contenido de un artículo, claro, que no daba lugar a interpretación; y 2) Las consecuencias a mediano y largo plazo en el asunto no repercutieron en el beneficio de la generalidad.

Vale la pena desarrollar los dos factores anteriormente enunciados. Primero, se recuerda, existía un artículo que prohibía de forma precisa que los funcionarios que se encontraban ocupando diversos cargos públicos –entre los cuales se encontraba el supuesto de Hank Rhon, Presidente Municipal– podrían ocupar el puesto de gobernador. En este punto, pese a los argumentos contenidos en la resolución de Sala Superior, no se advierten elementos que trastocuen de forma grave el derecho al voto pasivo de los ciudadanos que se encuentren en ese supuesto; sobre todo, porque la prohibición, como reza textualmente “*durante el período para el que fueron electos; aun cuando se separen de sus cargos*” no es absoluta. Es decir, Hank Rhon pudo haber estado de aptitud de buscar esa candidatura con posterioridad, y por ello, se insiste, no se advierte una vulneración grave a su acervo jurídico.

De esta forma se busca evidenciar que el uso del garantismo, también, debe estar revestido de un matiz de excepcionalidad, dado que, en sentido estricto, en todos los casos en los que se aplica es en torno a un esquema de razonabilidad. En otras palabras, el garantismo así entendido puede partir de la razonabilidad, pero eventualmente se aleja de ese núcleo duro del sistema legal positivizado para arribar a una conclusión que, en principio, no podría preverse.

El siguiente esquema pretende ejemplificar lo anterior:



Conforme una decisión judicial se interne alejándose más de su base, del derecho positivo, también en esa medida se requiere mayor carga argumentativa dado que el principio de certeza se diluye y tiene, necesariamente, que ser reemplazado por el de razonabilidad. Luego, si una decisión judicial se aleja de la certeza, al arribar a una conclusión no prevista, ésta debe ser razonable, como otro principio del sistema jurídico a raíz del uso, cada vez más extendido, de elementos no positivizados para resolver planteamientos jurídicos.

El esquema también propone un orden en cuanto la forma en que los jueces desarrollan su actividad. El garantismo y la convencionalidad se han situado por encima del ordenamiento legal, pero muy allegado a este, dado que, conforme a su esencia original, parten del sistema jurídico y aterrizan

nuevamente en éste, si bien admiten interpretaciones novedosas, que el ordenamiento jurídico no podría aportar por sí solo, finalmente debe reconocerse su carácter positivista al excluir, por ejemplo, principios de su argumentación.

Después, los principios jurídicos se encuentran ligados al andamiaje jurídico, ya que muchos de estos han servido de inspiración a las reglas y ordenamientos legales, pero dada su naturaleza abierta o incompleta (en alusión a la teoría de Hart) permiten una aplicación más laxa, de forma su positivización es innecesaria, o incluso, podría resultar dañosa, pues dejarían de ser eso, principios, para convertirse en reglas.

El neoconstitucionalismo se ha ubicado por encima de los principios, pero todavía guarda su ligadura al sistema jurídico en su integridad. De acuerdo a las concepciones actuales, éste debería ser el paradigma de los jueces actuales: dicho con palabras propias, es la mejora del garantismo, al incorporar elementos no positivizados que lo enriquecen y permiten ampliar el abanico de posibilidades judiciales.

El activismo judicial se ha ubicado como último peldaño que guarda relación con el sistema jurídico, al ser la expresión más radical que cuenta con alguna legitimación legal. El activismo implica una “expansión” del poder judicial frente a los otros, al invadir con las resoluciones judiciales competencias que originalmente no se tienen reservadas. Es decir, antes se dijo que el juez debía fungir como un *garante*: ser un corrector del derecho. Pero el ser un defensor no conlleva la trasferencia de facultades para legislar, o de establecer decisiones eminentemente administrativas¹¹¹.

¹¹¹ Como ejemplo breve, en el asunto SUP-JDC-28/2010, una Magistrada integrante del tribunal electoral estatal de Sonora, impugnó la designación de un colega como Presidente de dicho órgano. La Sala Superior revocó el acuerdo de elección de Presidente, y sin ser explícita, ordenó se nombrara Presidenta a la ciudadana: una función administrativa. Los votos particulares de los

Por muy buena intención que tenga el juzgador, debe constreñirse a sus facultades inherentes, y no ir más allá, pues a partir de estos elementos, se corre el riesgo de caer en la arbitrariedad judicial.

Arbitrariedad judicial es el nombre que recibe con una fuerte carga peyorativa, a la actividad desarrollada por los jueces en la cual la determinación adoptada se aleja de los cánones jurídicos, la argumentación y justificación es endeble, o incluso, inexistente. Es el gobierno de los jueces, el gobierno de los hombres por encima del imperio de la ley, y por ende, puede llegar a ser incluso más peligroso que el juez apático que se limita a seguir con rigorismo técnico las fórmulas del silogismo jurídico en su actuar.

El recorrido anterior tuvo por objeto mostrar que en el caso Hank Rhon, lamentablemente, la resolución tuvo un matiz de arbitrariedad, y es en este punto donde a la sociedad, también en función de los medios de comunicación, puede imaginar que los factores no jurídicos, como el personaje de que se trata, así como el contexto político de la entidad en aquel momento, dio pauta al sentido del fallo. Son cuestiones, finalmente, que se encuentran alejadas del escrutinio jurídico, pero que no resulta sencillo mantenerlas apartadas en el sentir y reflexión de la sociedad y que repercuten en la legitimación y confianza hacia los jueces y poder judicial en general.

Por último, retomando el segundo punto, en el que se refiere la necesidad que el actuar garantista tenga una visión hacia la generalidad, tampoco se cumplió en el caso, dado que si bien se tiene presente que todo precedente judicial relevante se ha derivado de un caso particular, aislado si se desea, éste tiene el peso suficiente para trascender hacia decisiones futuras, y moldear, dar un

Magistrados Galván, Luna y Nava, hacen patente que dicho acto no forma parte del esquema del derecho a ser votado, y que el medio de defensa apropiado debió haber sido el amparo.

nuevo sentido al contexto jurídico en que se encuentra; sin embargo, en la especie, este beneficio redundaría en la posibilidad que ciudadanos que ya se encuentran ocupando un cargo, posiblemente, en lugar de conducirse con la seriedad necesaria de su labor, distraigan su desempeño y –más grave aún– recursos públicos para estructurar y financiar, eventualmente, una campaña electoral que los catapulte hacia otro cargo, aprovechando la función que ocupan en un primer momento.

Es esta una razón sólida, conforme al panorama nacional actual, por la que el resultado al que se arribó, no es razonable. Argumentos como este y similares a este podrían resultar innecesarios hacerlos constar en la sentencia respectiva, pero debería ser obligación de los jueces considerarlos al momento de resolver cada controversia. Por lo expuesto, es que la “solución hipotética” de la que nos habló el magistrado Nava, en el fallo de mérito, se considera la más adecuada.

Finalmente, es necesario hacer una precisión conceptual. En las últimas páginas se ha hecho referencia constante al garantismo, cuando en realidad, de acuerdo a las descripciones propuestas, lo correcto es hablar de un neoconstitucionalismo, o bien, de un garantismo “suave” o “incluyente”.

Bien, se ha preferido continuar utilizando el término garantismo –sin apellidos– pues aunque en la práctica electoral mexicana a veces quede desvirtuado al no contener los lineamientos indicados por su pionero, Luigi Ferrajoli, lo cierto es que su nombre evoca la figura del garante: el protector, el corrector, una nueva visión del juzgador contemporáneo, bajo las responsabilidades que ello implica. Y es que, si se permite insistir, a veces las definiciones no ayudan mucho y caen en una teoría sin aplicación real. Tal vez el garantismo efectuado por el tribunal electoral, como en las ocasiones referidas, y en las que se enuncian a continuación, no hayan observado los elementos de esa teoría. Pero la

denominación, cuando se alcanza una finalidad razonable, parece ser lo de menos.

Considerar lo contrario sería retrógrado, pues si del análisis de los casos comprobados, como lo es el reencauzamiento de la vía en caso de error del promovente, se descubriera que no es garantista, y por ende, debiera suprimirse, nos encontraríamos ante un retroceso en la evolución de la materia electoral. Por ello, la noción del reencauzamiento, también puede ser aplicable al momento de teorizar. Es más importante profundizar sobre efectos, consecuencias, visiones y utilidades que en conceptos y definiciones.

Tal vez también por ello no se comparte plenamente el rimbombante título de “Estado Democrático Constitucional de Derecho”. De poco nos sirve haber encontrado o inventado una denominación, si en realidad todavía nos hallamos frente a un Estado de Derecho incipiente, en el que, por convicción personal, hay espacio para incluir democracias, Constituciones y mucho más: el derecho es un todo complejo, y constantemente seguimos descubriéndolo y transformándolo. Parecería, inclusive, tautológico, pues no hay democracia ni Constitución sin derecho.

Segundo criterio. Derecho injusto.

El segundo criterio que se pretende abordar presenta dificultades desde su denominación, pues implica establecer –por lo menos– alguna aproximación a lo que se debe entender por justicia, y por ende, lo injusto.

La definición clásica del jurista romano Ulpiano “*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” (la justicia es la voluntad firme y continuada de dar a cada quien lo que le corresponde) permanece sólida y útil

hasta nuestros días, no sólo porque su brevedad encierra una gran profundidad, sino también porque deja abierta la posibilidad que esa voluntad se sirva de cualquier elemento para alcanzar ese alto valor.

Es decir, la definición aportada no constriñe al uso de la norma legal, de los principios o a la buena fe y verdad sabida como en el caso del arbitraje en equidad. Ello permite que la justicia pueda ser construida a partir del uso de cualquier elemento, aunque como se comentó en el apartado anterior, debe considerarse que la justicia también debe acoger un grado de razonabilidad. La decisión justa es generalmente aceptada.

Esta característica con que se pretende dotar a la justicia, se reconoce, puede ser altamente cuestionable. Los medios de comunicación, incluidas las redes sociales en la actualidad, ejercen una gran presión en la actividad jurisdiccional y en ocasiones tienden a desvirtuar los hechos, deformándolos y con ello trastocando el valor de la verdad judicial del cual ya se habló en otro apartado de este trabajo.

No obstante lo anterior, se estima que la noción de justicia debe encontrar reflejo en la sociedad. Debe eliminarse la idea que la justicia conlleva un fuerte subjetivismo o relativismo: por recalcitrante que resulte el ejemplo, ninguna persona con un coeficiente promedio estaría de acuerdo con meter a un infante a una lavadora. Es decir, no se puede pretender negar *prima facie* que no es posible encontrar puntos de partida compartidos, lugares comunes entre los diferentes estratos de la sociedad que permitan modelar concepciones justas, mismas que implicarán, en concepto del autor de este trabajo, una relación estrecha con la moral.

En efecto, se comparte la visión del autor Dworkin quien propone en sus obras una lectura “moral” de la Constitución. Para este filósofo y jurista

estadounidense, el derecho debe intentar asimilar una moral crítica, a través de la cual puedan alcanzarse correcciones y valores universales. Otros autores, como Neil MacCormick, al parecer, reconocen demasiada ambición a dicha tarea jurídica y se limitan a referir que el fin del derecho es “acercarse” a esos lineamientos de moral crítica, pues alcanzarlos plenamente resulta improbable.

Decía el jurista Carlos Santiago Nino que el derecho clausuraba discusiones morales, lo cual desde el punto de vista que se describe, es correcto. La moral puede continuar la discusión, pero dada la naturaleza del derecho, es necesario definir, al menos durante un tiempo, una situación específica que trastoca o es relevante para los bienes jurídicos tutelados: recientemente, los casos relativos al aborto, y el matrimonio entre personas del mismo sexo. Puede no compartirse el punto de vista adoptado, lo cual implica que la discusión continuará, pero al menos para el sistema jurídico, existe una respuesta, la cual parece, en ambos casos, satisfactoria¹¹².

Y es que esa solución alcanzada contribuye a la observancia del principio de certeza, indispensable en toda noción jurídica, pero que con el tiempo, conforme al esquema descrito en el apartado anterior, se ha ido acompañando del de razonabilidad.

En suma, el valor de la justicia puede cristalizarse a través de las resoluciones jurisdiccionales, si se tiene en mente que deben tender a la maximización de los valores morales y a su vez, favorecer la implantación de un ambiente de juridicidad amplio, en el que la sociedad paulatinamente se integre en mayor medida con el quehacer judicial, esto es, con los garantes de sus derechos.

Ahora, si resultara necesario proporcionar una aproximación de la justicia, la

¹¹² Se hace alusión a las resoluciones de la SCJN por las cuales se aprobaron como constitucionales las reformas atinentes a los ordenamientos correspondientes, para que ambas medidas fueran adoptadas en el Distrito Federal.

definición que se propone es la siguiente: es el valor cuyo objeto consiste en determinar qué condiciones deben regir ante un problema con relevancia humana¹¹³, tomando en consideración las nociones de razonabilidad e imparcialidad¹¹⁴. Es decir, el clásico dar a cada quien lo que le corresponde se complementa, para evitar caer en digresiones positivistas puras, las cuales conforme al sentido de la presente investigación, deben ser rechazadas por las limitantes que encierran.

Los casos que a continuación se analizan pretenden ilustrar lo anterior: en el primero la solución parece evidente, en tanto que en el segundo los argumentos anteriores buscan encontrarse en un voto particular, pese a lo cual, resulta en un punto de vista interesante, que en esta óptica, intentó alcanzar esa solución justa.

Expediente SDF-JDC-596/2012

Temática

Consecuencia desproporcionada (tener por no presentada) ante la omisión en la demanda de establecer domicilio legal para practicar notificaciones en una ciudad determinada.

Antecedentes

1. *Convocatoria*. El 4 de marzo de 2012 el Comité Directivo Estatal del Partido

¹¹³ No se acota únicamente al plano de lo jurídico, dado que hay otras discusiones, tales como dilemas morales que, sin estar estrictamente apegadas al derecho, tienen un contenido moral o emocional que implica una afectación a una persona o una pérdida, y por ello, debe buscarse también una solución justa en ellas.

¹¹⁴ La imparcialidad se incluye en atención a las ideas del autor John Rawls, bajo el ejemplo del “velo de la ignorancia” y la conclusión a la que arriba: “*Justice as fairness*” (justicia como imparcialidad, en la que se trate de beneficiar a todos por igual, sin sobreponer los intereses propios).

Revolucionario Institucional, en el Estado de Morelos, expidió la convocatoria para seleccionar a los candidatos propietarios a diputados del congreso local, en atención que el 1° de enero del mismo año, inició formalmente el proceso electoral ordinario en aquella entidad.

2. *Solicitud de registro.* El 15 de marzo posterior, el actor del juicio en comento solicitó ante la Comisión Estatal de Procesos Internos de ese instituto político su registro como precandidato a diputado local por el principio de mayoría relativa para el distrito uninominal XIII.

3. *Dictamen.* El 16 de marzo siguiente, se declaró improcedente la solicitud de registro presentada por el actor.

4. *Juicio ciudadano local.* El 1° de abril ulterior el actor acudió en acción *per saltum*¹¹⁵ al Tribunal Estatal Electoral de Morelos a fin de controvertir la determinación partidista de improcedencia.

5. *Requerimiento y acuerdo plenario.* El 2 de abril próximo, el Magistrado Instructor dictó auto de prevención, toda vez que el actor omitió señalar domicilio en la ciudad sede del órgano jurisdiccional, esto es, la capital del Estado (Cuernavaca). Toda vez que la prevención no fue desahogada, el 4 inmediato posterior, con fundamento en el artículo 317 del código electoral de esa entidad, mediante acuerdo signado por los tres magistrados que integran ese órgano jurisdiccional, se tuvo por no presentada la demanda.

6. *Juicio ciudadano federal.* El 9 de abril siguiente, el accionante promovió juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, mismo que es objeto de comentario a continuación.

¹¹⁵ Es decir, omitió agotar la instancia partidista correspondiente, debido a la posible merma o incluso irreparabilidad que podría acontecer a su acervo jurídico de agotar la cadena impugnativa al interior del partido político, en atención al tiempo que ello implica.

Consideraciones de la Sala Regional

La Sala Regional resolvió por unanimidad revocar el acuerdo plenario del tribunal estatal, y en plenitud de jurisdicción, confirmar el dictamen partidista de 16 de marzo siguiente con apoyo de los siguientes razonamientos:

- a) Primero, desvirtúa la causal de extemporaneidad que hace valer el Magistrado Presidente del tribunal estatal al rendir su informe circunstanciado, pues aunque en el acuerdo plenario por el cual se tuvo por no presentada la demanda se ordenó su notificación de forma personal, lo cierto es que de autos no se desprende constancia alguna que permita acreditar que se practicó dicha diligencia; únicamente se advirtió una “*cédula de notificación personal por estrados*” la cual no se encuentra dirigida al actor, y por ende no puede tener la eficacia procesal pretendida, máxime que su misma denominación es contradictoria, al haberse fijado en estrados y no entenderse de forma personal. Por ello, se tiene por cierta la fecha que manifiesta el actor en que se hizo sabedor del acto impugnado, y en consecuencia, resulta oportuna la presentación de su demanda.

- b) Si bien no existe una solicitud expresa del actor de inaplicar el artículo 317 del Código Electoral del Estado Libre y Soberano de Morelos¹¹⁶, se entiende que se encuentra implícita en su causa de pedir por lo que se procedió al análisis *ex officio* de su convencionalidad.

¹¹⁶ Al respecto, conviene precisar que el artículo 316 fracción II del citado ordenamiento establece el requisito de señalar domicilio para recibir notificaciones en la capital del Estado, en tanto que el artículo 317 contiene la prevención que debe realizarse en diversos supuestos, entre los cuales se encuentra la omisión de cumplimentar la referida fracción II, misma que debe subsanarse en 24 horas, y de lo contrario, se acordará tener por no presentado el medio de impugnación.

- c) En atención al principio de la tutela judicial efectiva, se realizó un “test de proporcionalidad” dado que si bien se reconoce que los derechos humanos no son absolutos, las restricciones a las que se encuentren sujetos deben ser proporcionales y perseguir un fin legítimo sustentado constitucionalmente; de lo contrario la limitante atendiendo a criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad se torna ilegal.
- d) En el caso, se tiene presente que la ciudad sede del Tribunal es Cuernavaca –asentada en el municipio del mismo nombre– y dado que la entidad federativa tiene más de 30 municipios (33 en total), se infiere que la mayoría de los justiciables no tienen una residencia en la capital; por ende, es una carga excesiva la obligación de señalar un domicilio donde no se tiene, lo que supone también, un trato diferenciado entre los gobernados que tienen domicilio en esa ciudad y los foráneos.
- e) Asimismo, se tiene presente que ante la omisión de señalar domicilio, pese a la existencia de una prevención para tal efecto, en la práctica forense se soluciona con la existencia de estrados o listas, cumpliendo con el objeto de hacer saber a las partes las actuaciones procesales que así lo requieran, sin que ello se traduzca en una vulneración al principio de equidad.
- f) En esa línea argumentativa, la Sala agrega que el señalar domicilio no es un requisito esencial para la válida constitución del proceso, dado que puede ser subsanado mediante las notificaciones por estrados; sin que pase desapercibido que el mismo código electoral estatal contempla dicha modalidad de notificación en su artículo 328, y que el artículo 305 fracción I inciso b) del mismo ordenamiento, al enunciar los requisitos para la interposición de los recursos de revisión, apelación e inconformidad, establezca de manera literal *“si el promovente omite señalar domicilio para recibirlas (notificaciones), se practicarán por*

estrados".

- g) En función de lo anterior, se revocó el acuerdo plenario impugnado; sin embargo, se advirtió que la devolución del expediente al tribunal responsable podría generar un perjuicio irreparable al actor por cuestión de temporalidad, por lo que se procedió al análisis de la controversia en plenitud de jurisdicción.
- h) En fondo, pese a que existen contradicciones en el dictamen emitido por la autoridad partidista, la Sala advirtió que el actor no acreditó haber cumplido con uno de los requisitos establecidos en la convocatoria respectiva, relativa a la presentación de la copia de credencial para votar de los dirigentes seccionales que otorgaron el apoyo a su precandidatura y en la suficiencia de los mismos para acreditar el 25% de la estructura territorial; de ahí que haya determinado confirmar ese dictamen.

Conclusiones

El ejercicio efectuado por la Sala Regional Distrito Federal al caso es notable, pues permite evidenciar un texto legal que se encuentra fuera de contexto, dado que como ese órgano jurisdiccional lo hace patente, ante supuestos similares, sí se permite la conformación procesal tomando en consideración la práctica de notificaciones a través de los estrados.

Posiblemente el único argumento que podría no resistir un análisis exhaustivo es el relativo a la cantidad de gobernados que tienen domicilio en la ciudad de Cuernavaca, dado que la sentencia no ofrece datos demográficos que permitan ilustrar si efectivamente un porcentaje importante de la población morelense no se encuentra radicada en el municipio de Cuernavaca, pues dicho argumento se basa en la cantidad de municipalidades con que cuenta el Estado de Morelos, sin otro elemento que lo robustezca.

No obstante lo anterior, la sentencia es reflejo de un ejercicio garantista medurado y congruente: por un lado, identifica una porción normativa que no es acorde funcional ni sistemáticamente, por lo que decide inaplicarla; y por otro al estudiar los agravios vertidos por el actor ante la improcedencia de su registro, advierte que únicamente esgrime las inconsistencias en el contenido del dictamen atinente, es decir, acota su reclamo a cuestiones de forma y no se inconforma con el requisito que a decir del partido político incumplió.

Así las cosas, la Sala reconoce que no puede entrar al estudio de dichas cuestiones ni siquiera supliendo la queja deficiente porque para ello se necesita que el actor hubiere expresado un principio de agravio en la demanda, tendente a evidenciar que sí cumplió con ese requisito: que presentó las copias correspondientes y que las veintidós firmas de los apoyos que recibió sí eran suficientes para acreditar el porcentaje requerido por los estatutos y la convocatoria.

Expediente SDF-JDC-47/2012 y acumulados

Temática

Alcances del derecho al voto activo respecto de ciudadanos mexicanos con residencia en el extranjero.

Antecedentes

1. *Acuerdo de lineamientos generales.* El 25 de julio de 2011, el Consejo General del Instituto Federal Electoral aprobó el acuerdo que contenía los procedimientos bajo los cuales se procesarían las solicitudes de inscripción a

la Lista Nominal de Electores Residentes en el Extranjero, así como su conformación de acuerdo a lo establecido en el Libro Sexto del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

2. *Solicitudes de inscripción.* Durante el transcurso del mes de enero de 2012, los actores del juicio principal y sus acumulados presentaron el formato de solicitud respectivo para inscribirse en el listado nominal referido; sin embargo les fue negado el registro toda vez que la autoridad electoral refirió que no cumplían con el requisito de contar con su credencial de elector.

3. *Juicios ciudadanos y competencia.* Ante la negativa descrita, los actores promovieron sendos juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, mismos que fueron radicados en la Sala Regional con sede en el Distrito Federal, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al estimar que las operaciones y logística relativas a la citada lista nominal, serían llevadas a cabo por la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores, misma que tiene domicilio en la ciudad sede de esa Sala Regional¹¹⁷.

Consideraciones de la Sala Regional

La Sala Regional, por mayoría, en los puntos resolutivos determinó la acumulación de los expedientes reseñados, y declaró infundados los agravios esgrimidos por los actores, por lo que de forma implícita confirmó los actos impugnados. Los razonamientos que sostienen el fallo, en lo esencial, son los siguientes:

- a) Comienza por referir que los lineamientos de la credencialización no

¹¹⁷ Criterio asentado en el acuerdo de sala emitido por la Sala Superior de ese tribunal electoral el 19 de octubre de 2011, en el expediente SUP-JDC-10803/2011.

rigen totalmente para los radicados en el extranjero, ya que sus listados nominales tienen una naturaleza temporal, y tanto su integración como modificaciones no alteran el padrón electoral vigente en el país.

- b) En ese tenor, se citan ejemplos en los cuales se hizo efectivo el derecho a votar de tales ciudadanos tomando en consideración que no era factible su traslado a territorio nacional para actualizar su situación registral, pero con la condición que contaran con un registro en el padrón electoral.
- c) La autoridad al respecto señaló que de la búsqueda exhaustiva en los archivos del Registro Federal de Electores, no se encontró registro alguno de los actores en el padrón electoral, ni en la lista nominal de electores. Asimismo, no acompañaron a sus respectivas demandas copia de su credencial de elector, por lo que les negó la posibilidad del sufragio.
- d) La mayoría al respecto refiere que los derechos fundamentales de carácter político-electoral no son derechos absolutos o ilimitados, por lo que pueden ser objeto de ciertas restricciones, que no sean injustificadas o irracionales, y cita como sustento la tesis histórica XLVIII/2002 con rubro: "CANDIDATURAS INDEPENDIENTES. LA NEGATIVA DE REGISTRO CON BASE EN UNA DISPOSICIÓN LEGAL QUE ESTABLECE QUE SÓLO LOS PARTIDOS POLÍTICOS TIENEN DERECHO A POSTULAR CANDIDATOS, NO VIOLA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NI LOS TRATADOS INTERNACIONALES".
- e) También advierte que la credencial de elector es un instrumento creado para dotar de certeza al padrón electoral en función de la información que contiene, por lo que coadyuva a la observancia de elecciones auténticas, tal y como lo prevén los tratados internacionales. Por ende,

los Magistrados que integran la mayoría estiman que en el caso la limitante de contar con credencial de elector para emitir el sufragio desde el extranjero es constitucional.

El voto particular del Magistrado Roberto Martínez Espinosa

El voto en contra contiene, fundamentalmente, las siguientes reflexiones:

- a) Refiere que la sentencia de la mayoría no se abocó al estudio de la causal de improcedencia invocada por la autoridad demandada, relativa a la inexistencia del acto impugnado. Es decir, la autoridad no reconoce que se hayan emitido resoluciones en las que se niegue a los promoventes su incorporación a la Lista Nominal de Electores Residentes en el Extranjero.
- b) Visto lo anterior, la minoría estima infundada dicha causal y configura como acto impugnado, la *inminente* negativa de la autoridad a registrar a los actores en dicho listado nominal por no cumplir con los requisitos señalados con antelación. Es decir, se trata de un acto futuro de realización cierta que producirá una afectación a los promoventes, por lo que esa causal debió ser objeto de pronunciamiento en la sentencia aprobada por la mayoría.
- c) En cuanto al estudio de fondo, si bien señala que coincide con la calificación de legalidad que recibieron los preceptos que condicionan el voto de residentes en el extranjero, no comparte los efectos en el caso de los actores, pues la aplicación de tales artículos resulta violatoria de derechos político-electorales.

- d) Considera que los requisitos por los cuales los actores no podrán ejercer su derecho al voto desde el extranjero son exorbitantes, primero porque la autoridad administrativa no ha dispuesto de un medio eficaz por el cual los ciudadanos en ese supuesto puedan actualizar su situación registral, y por ende, ello implica que tengan que trasladarse a territorio nacional, lo cual en múltiples ocasiones por cuestiones económicas y sociales, no resulta posible.
- e) Asimismo, advierte la contradicción que implica contar con la credencial de elector siendo residente en el extranjero, toda vez que para la obtención de ese documento se requiere contar con un domicilio en territorio nacional, cuando una condición migratoria determina que dicho atributo de la persona se ubica fuera de las fronteras del país. Incluso, podría implicar que, al no tener domicilio en el país, pudiera falsearse esa información, lo que no es deseable dada la certeza que deben observar los listados electorales.
- f) Así las cosas, de acuerdo al procedimiento de voto en el extranjero, la credencial de elector únicamente funge como elemento para probar la calidad de mexicano y la mayoría de edad, circunstancias que podrían deducirse de otros documentos.
- g) Finalmente, patentiza que la credencialización para los residentes en territorio nacional sí debe ser un elemento esencial, debido a que participan en diversas elecciones (senadores, diputados, etcétera) por lo que se hace necesario identificar su ubicación geográfica a fin que voten en la circunscripción que les corresponda, a diferencia del caso que nos ocupa, dado que los residentes en el extranjero únicamente participan en la elección presidencial. Incluso propone que podrían emitirse las credenciales de elector correspondientes, soslayando el domicilio por

dicha razón, sin que ello implique afectación a los listados nominales de los ciudadanos radicados en el país.

Conclusiones

En este caso se considera que la práctica garantista fue irregular: por un lado, la sentencia advierte que deben tenerse por presentadas oportunamente las demandas con independencia de las fechas en que fueron recibidas por la autoridad responsable, ya que tomó en cuenta los plazos relativos al servicio postal, así como el hecho que los actores se encuentran en el extranjero en tanto que la autoridad, en territorio nacional, por lo que *“pretender que los incoantes se trasladen a este país con el único fin de presentar su demanda sería coartar su derecho de acceso a la justicia”*¹¹⁸. De este modo, se impidió su desechamiento letrista pese a que hubo casos en los que la demanda se presentó transcurridos los 4 días que prevé la ley como plazo general para impugnar en tiempo una determinación en la materia.

Ahora bien, por otro lado, como señala la minoría, no fue atendida la causal de improcedencia invocada por la demandada, pese a que por técnica procesal, debe existir pronunciamiento en torno a ésta, ya que, de resultar fundada, su efecto sería sobreseer o desechar el medio de impugnación, trayendo consigo que resulte ocioso un pronunciamiento en torno al fondo del asunto.

Este aspecto se remarca porque la argumentación del magistrado Espinosa parte de ese punto: si bien no existe acto, la negativa de registro hacia los actores es inminente y por ello su impugnación es procedente. Este ejemplo garantista se encuentra sostenido a su vez en la tesis aislada XXV/2011 con rubro “LEYES ELECTORALES. ACTOS DE APLICACIÓN INMINENTES, PROCEDE SU IMPUGNACIÓN” (citada en el voto particular).

¹¹⁸ Foja 8 de la sentencia en comento.

Aunado a lo anterior, la omisión garantista se torna más evidente en el estudio de fondo realizado por la mayoría. El test de proporcionalidad, a diferencia del realizado en el expediente SDF-JDC-596/2012, pierde de vista el contexto y las circunstancias específicas de los actores, por lo que ante las alegaciones de éstos, la sentencia se limita a referir que el voto activo no es absoluto, y que la limitante de contar con credencial de elector, aun en el caso de los actores, no es inconstitucional, lo que conlleva que tampoco vulnera derechos contenidos en instrumentos internacionales.

El planteamiento de la mayoría, llevado a los hechos, discrimina a los inmigrantes en condiciones económicamente precarias y que llevan más años fuera del país: a la mayoría de los migrantes, pues es altamente improbable que ante un eventual retorno temporal a México, tengan la intención de obtener la credencial de elector, cuya entrega, dicho sea de paso, no es inmediata y requiere un plazo aproximado de dos semanas para ponerla a disposición del requirente.

Ahora bien, en lo personal, no se comparte la figura del voto en el extranjero, porque la participación de dicho ejercicio no representa un número relevante y por la pérdida de identidad que suele presentarse en los migrantes mexicanos ante una nueva cultura y sociedad. En la generalidad, cuando el migrante ha logrado establecerse, se adecua a su nuevo entorno, perdiendo interés con lo que ocurre en su país de origen.

Como soporte a lo anterior, según el documento “Informe Final del Voto de los Mexicanos Residentes en el Extranjero, Proceso Electoral Federal 2011-2012”¹¹⁹ el número total de votos recibidos del extranjero ascendió a la suma de 40, 714. Ahora bien, la votación total de la elección presidencial del mismo

¹¹⁹ Documento oficial del Instituto Federal Electoral. Visible en <http://www.votoextranjero.mx/web/guest/resultados> consultado el 22 de agosto de 2013.

proceso electoral fue de 50,143,616¹²⁰. La votación recibida de esta manera representa el 0.811%, cifra por debajo incluso de los votos nulos, cuyo total en la misma elección fue de 1,236,857¹²¹ (el 2.466%). De ahí que sea un programa con una viabilidad y sustento cuestionables.

Pese a esta convicción personal, si el voto extranjero se ha implementado, las determinaciones jurisdiccionales, como el voto particular descrito, pueden servir para orientar al legislador en la forma en que pueden mejorarse planes gubernamentales, o en el caso, modalidades bajo las cuales se ejerce un derecho.

En el caso, pareciera que la minoría se excede un poco al señalar que podría emitirse una credencial de elector para residentes en el extranjero soslayando el elemento del domicilio, postura que corresponde a un activismo judicial fuerte, por lo que podríamos subrayar los primeros efectos referidos en dicho voto particular: permitir el sufragio a los actores bajo esas circunstancias excepcionales, con la esperanza que pudieran implementarse nuevas condiciones para el siguiente ejercicio comicial.

En otras palabras, mientras que el legislador aprecia un hecho que, al considerarlo jurídicamente relevante decide regularlo, solamente el juez conoce de la eficacia de la norma creada por el legislador. A través de la práctica se permite detectar las deficiencias o excesos de la norma, cuestiones que por más profesional que sea el aparato legislativo, no puede vislumbrar, máxime si se considera que la ley busca una aplicación de forma universal, impersonal y por periodos prolongados de tiempo. Aquí es donde la actividad de *garante* del juez puede dividirse, a su vez, en dos vertientes: primero, en buscar la corrección del derecho al caso concreto, intentado alcanzar la

¹²⁰ Información del portal oficial del Instituto Federal Electoral. Visible en <http://siceef.ife.org.mx/pef2012/SICEEF2012.html#> consultado el 22 de agosto de 2013.

¹²¹ *Ibidem*.

respuesta más razonable ante casos difíciles, y por otro, dar un enfoque práctico al trabajo legislativo. No se pretende que el juez sea legislador, ya que ello implicaría una intromisión grave en la división del ejercicio del poder. Se pretende que el legislador considere de forma constante los fallos judiciales, para que esté en mejor aptitud de valorar la eficacia de las normas que elabora, y perfeccionarlas.

Conclusiones

El Derecho debe ser sentido común refinado
Oliver Wendell Holmes, Jr.

Si bien a lo largo del presente trabajo se han dejado entrever conceptos y opiniones personales, las mismas pueden sintetizarse en las siguientes conclusiones generales:

1. El garantismo ideado por Luigi Ferrajoli presenta limitaciones que impide su aplicación de forma progresista.

El garantismo, en sentido estricto tal y como es concebido por Ferrajoli, adolece de limitaciones en atención a su esencia positivista, pues aun cuando trata de asegurar la protección de los derechos humanos, así como su maximización y armonización en casos de tensión o eventual colisión, los elementos que emplea para tal efecto son normas pertenecientes al sistema jurídico, excluyendo valores morales o virtudes, al considerar que, una vez incluidos o reflejados en el sistema jurídico, resultan innecesarios.

Como se indicó anteriormente, bajo el ejemplo de la sentencia “Guardianes del Muro”, aun cuando no sea fácil determinar o conceptualizar valores como la justicia, es posible alcanzar un consenso generalizado y racional en el que determinadas conductas o acciones merezcan el rechazo de los diversos estratos de significación que integran la sociedad. Es decir, se reitera que al hablar de sociedad no se puede hacer alusión a un ente monolítico con un actuar y pensar común. Pero también es cierto que ese sujeto complejo, más allá de su contexto cultural y temporal, comparte nociones razonables en cuanto a poder identificar qué condiciones de vida dignas, libertad e igualdad son las más adecuadas para todos sus miembros, o al menos, la mayoría.

En contraste, el garantismo conforme a las nociones expuestas por Ferrajoli se encuentra ligado estrechamente al núcleo positivista duro del sistema jurídico, sin que alcance a desarrollar algún vínculo con los principios jurídicos no positivizados o bien, que aspire a la amplia expansión que ambiciona el neoconstitucionalismo.

Al respecto, conviene reforzar la distinción del garantismo frente a ese esquema con el que usualmente se le confunde. Por ejemplo, para el autor español Manuel Atienza¹²², en los últimos años se ha desarrollado una nueva concepción en torno a los Estados constitucionales, cuyos rasgos a destacar son: a) El reconocimiento de la importancia de los principios –además de las reglas– como un componente esencial del orden jurídico; b) La incorporación de un modelo garantista o constitucionalista a fin que pueda complementarse el esquema tradicional de legalidad; c) La idea de sujeción a la ley válida y no meramente a la ley sin calificar su conformidad al sistema legal; y d) Una atención creciente a la argumentación jurídica, como herramienta que refleje la forma en que el poder se somete a la razón, y no la razón al poder.

El segundo elemento que advierte Atienza parece confundir el modelo garantista del constitucionalista, pese a que no se trata de sinónimos, por las razones expuestas. En ese tenor, convendría más al Estado de Derecho, así como a sus gobernados, la implementación de un Estado constitucionalista, o neoconstitucional como refieren algunos tratadistas contemporáneos, en el cual se parta del paradigma que los derechos humanos no poseen una jerarquización entre ellos, deben adecuarse, armonizarse y ponderarse en caso de colisión, y constituyen un parámetro de validez para todo el sistema jurídico.

Esta última idea, que insta a los jueces y autoridades a calificar la validez de

¹²² Cfr. ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, págs. 309 y 310.

una norma, no bajo el tratamiento tradicional positivista de atender a su proceso de creación, sino a su conformidad con los derechos humanos, tomada directamente de las ideas de Ferrajoli, constituye un avance importante, pero que aún constriñe a los juzgadores a limitarse con la norma escrita.

Por ello, como se advirtió en su momento, la denominación que se pretenda dar a la actividad jurisdiccional puede ser relevada al atender en mayor medida a los efectos y características de ésta. En el caso del tribunal electoral, como advierte el investigador Pedro Salazar existen resoluciones en las cuales “*se asume que el garantismo, por definición, es antiformalista y en otros, abiertamente, se utiliza la noción para contradecir el sentido expreso de las normas vigentes*”¹²³.

Si bien se coincide con la crítica efectuada por el citado investigador, se considera que no resulta causa suficiente para que trastoque de fondo la totalidad de los criterios sostenidos por ese tribunal electoral. Como se reseñó en el capítulo 3, en lo atinente a la protección integral del voto pasivo, por ejemplo, aunque se haya utilizado el término garantismo en diversas resoluciones desoyendo la teoría original de Ferrajoli, no pueden negarse los avances reales en esa materia, favoreciendo un acceso a la justicia efectivo de los gobernados.

Dicho de otro modo, el garantismo en la práctica se ha deformado, sí, pero esa deformación *per se* no tiene por qué ser negativa o retrógrada. En determinados casos los elementos que la teoría original pasa por alto o soslaya, enriquecen la argumentación y el fallo jurisdiccional adquiere mayor

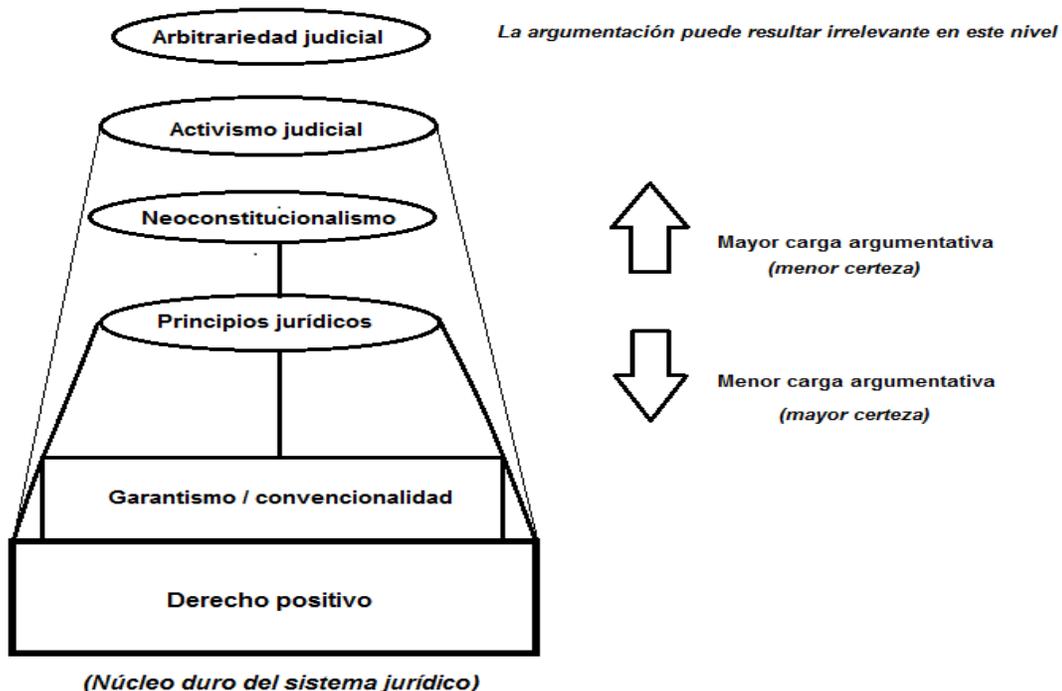
¹²³ Artículo “Reflexiones sobre la teoría garantista a la luz de algunas decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación” visible en el link <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2834/38.pdf> consultada el 28 de agosto de 2013. Dicho investigador transcribe algunas porciones de sentencias en las que se pone de relieve su afirmación.

legitimación, pues alcanza una razonabilidad más plausible, como se mencionó en los supuestos del capítulo anterior. Por ello, si se requiriera una definición, podría hablarse de un garantismo incluyente, a usanza de algunas denominaciones académicas con relación al positivismo que permite involucrar algún contenido moral.

De esta manera, este nuevo garantismo incluyente podría aspirar a identificar con mayor precisión las razones que subyacen a todo el derecho, y fomentar la realización de los ideales del Estado de derecho, en beneficio de gobernados y autoridades.

2. Sin importar que el juez se aparte de la certeza o no, su determinación exige razonabilidad.

Una vez que hemos arribado al llamado aquí garantismo incluyente, es necesario retomar el esquema insertado en la página 159 del presente trabajo:



El garantismo “clásico” por diferenciarlo de algún modo con el incluyente mencionado, rechaza la arbitrariedad judicial y la discrecionalidad fuerte de los jueces; es decir, da prioridad al principio de certeza que en todo sistema jurídico debe regir.

Con relación al concepto de certeza jurídica, el autor Adame Goddard refiere: *“el hombre necesita, por una parte, tener la seguridad de que los demás respetarán sus bienes y, por otra, saber cómo ha de comportarse respecto de los bienes de los demás. Esta seguridad referente a las relaciones con los semejantes es la que puede denominarse seguridad jurídica, pues el asegurar la existencia de ciertos comportamientos en la vida social es necesario para la subsistencia de la misma*¹²⁴.

Es decir, esta certeza o seguridad jurídica permite identificar qué conductas son permitidas por el derecho, así como la sanción que puede acarrear su incumplimiento con el objeto de estandarizar el comportamiento del hombre en sociedad. En el campo jurisdiccional, puede relacionarse con la previsibilidad que tendrán los fallos judiciales, al adecuarse un hecho a la hipótesis prevista en ley. Es pues, una alusión a los casos fáciles, en los que la subsunción del hecho a la norma se produce de forma mecánica.

El garantismo clásico, al rechazar la discrecionalidad fuerte de los jueces, pareciera asumir una preferencia por los casos fáciles, en los cuales la certeza no se vea trastocada y exista una confianza relevante en la forma en que las controversias jurídicas serán resueltas.

No se comparte este punto de vista. Simplificar la resolución de casos a una mera fórmula silogística, perdiendo de vista el contexto de las partes y de la sociedad al momento de resolver, se traduce en sostener la ambición de

¹²⁴ Cfr. ADAME GODDARD, Jorge. *Naturaleza, Persona y Derechos Humanos*. UNAM, 1996, p. 153.

algunos investigadores en crear alguna especie de programa informático que, una vez introducidas pretensiones y material probatorio, produjera inmediatamente la respuesta.

Si bien el silogismo jurídico, reflejado en la aplicación mecánica de una norma atiende con rigor el principio de certeza, debe tomarse en cuenta que en la práctica, ante la vista de juzgadores comprometidos y conscientes de su labor, ningún caso es fácil. Todo asunto puede presentar alguna particularidad que comprometa o dificulte la aplicación de la lógica formal.

Es el ejemplo del derecho injusto, como el expuesto en el capítulo anterior, relativo a tener por no presentada la demanda en caso de omitir señalar domicilio para practicar notificaciones en una demarcación específica.

Un juzgador al amparo de la certeza jurídica bien podría haberse limitado a confirmar el fallo, al señalar categóricamente que, en efecto, el justiciable no satisfizo los requisitos previstos en ley. El esquema de certeza se cumple, pero no el de razonabilidad, y bajo el paradigma actual de expansión de los derechos humanos, bien vale la pena comenzar a desprenderse de la certeza absoluta.

Lo anterior no invita o busca facultar a los jueces a legislar, dado que el alejarse demasiado de la base de certeza produce resultados indeseables en la forma de la arbitrariedad judicial. Por ello, aun en el nivel más bajo de argumentación, en el cual la fórmula lógico-jurídica pueda ser evidente, sin que sea menester aportar algún otro argumento, el juzgador debe analizar y examinar las circunstancias que podrían dar lugar a un resultado diferente: percatarse cuando un caso en apariencia fácil, se torna difícil.

Este distanciamiento de la certeza, ya sea porque la determinación se aleja de

la base o bien, por que dicha decisión pretende controvertir la misma base positivizada, requiere cumplimentar parámetros altos de razonabilidad.

Primero, porque los argumentos en los cuales pretenda sostenerse tendrán un matiz abierto, como los principios, por lo que resulta necesario enfocarlos al caso específico y demostrar su idoneidad. En segundo término, porque el controvertir el núcleo positivo (por ejemplo, un abandono de criterio) requiere una argumentación que patentice las razones, el contexto, y la necesidad de soslayar el principio de certeza por el de razonabilidad. Se trata, pues, de una responsabilidad enorme que tienen los jueces. El Escila y el Caribdis, acertada metáfora de la cual nos habla Atienza, se hace presente: en ocasiones, la protección auténtica de los derechos humanos exige al juez abandonar la certeza, pero debe hacerlo con cautela, porque al hacerlo trastoca la seguridad que el derecho debe proveer.

En esa línea, si el resultado es razonable, al final, no podría mencionarse que trastocó el principio de juridicidad, dado que la solución alcanzada sería ajustada al derecho, entendido como la integridad de normas y principios de carácter coactivo cuya teleología es el bien común. Y dentro de ese bien común se encuentra el valor de la justicia. Visto de este modo, la razón del derecho admite sacrificar su certeza bajo contextos específicos, para dar cabida y reconocer una respuesta razonable.

3. La teoría de la virtud judicial proporciona los elementos más adecuados para intentar encontrar la respuesta más razonable.

Aunque en el último capítulo se realizaron dos propuestas que pretenden el calificativo de razonables para identificar el uso del garantismo incluyente como una actividad útil e incluso necesaria, desde luego, tales perspectivas como el

derecho mismo son inacabadas. En ocasiones, en torno a teoría jurídica, causa la impresión que no es posible sentar reglas o directrices claras, dado que, tarde o temprano, pueden situarse ante contradicciones, o bien, con una aplicación práctica poco clara.

Consciente de esta situación, el campo de la ética jurídica¹²⁵ ofrece una atractiva alternativa como herramienta que coadyuve a una reflexión sensata en torno a las controversias jurídica: la teoría de la virtud judicial.

Cabe precisar que esta teoría procura superar los inconvenientes de los paradigmas clásicos de la ética jurídica: el consecuencialismo por el cual se califica un acto en función de los efectos que produce (lo bueno tiene prioridad sobre lo correcto), y el deontologismo, en el que un acto sólo es correcto si es conforme a una norma de carácter moral (lo correcto tiene prioridad sobre lo bueno).

Ambas teorías aspiran a una supremacía absoluta, y es en este punto en el cual ambas encuentran dificultades: para el consecuencialista no siempre puede ser sencillo calcular las consecuencias de los actos, o bien, puede aceptar sin contratiempos razonables que la maximización de las mejores consecuencias suponga la violación de derechos básicos.

Por su parte el deontologismo pierde de vista esas consecuencias y el contexto específico en el que se encuentran los sujetos, por lo que el cumplimiento dogmático de las normas morales bajo este esquema puede tener consecuencias indeseables, que al final entrarían en fuerte tensión con la acción correcta que se pretende ejecutar.

¹²⁵ De acuerdo con la autora María Amalia Amaya, la ética jurídica “tiene por objeto la reflexión acerca de cuáles son los estándares morales que deben guiar la conducta de los agentes jurídicos en el ejercicio de su profesión” en AMAYA NAVARRO, María Amalia. *Virtudes judiciales y argumentación: una aproximación a la ética jurídica. Serie temas selectos de derecho electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009, p. 9.*

Por lo anterior, la ética de la virtud toma como punto de partida las virtudes en lugar de los deberes y reglas, o bien, de las consecuencias de las acciones: se centra en el sujeto y no en el acto; en el carácter y no en la conducta.

Llevado lo anterior al campo de la actividad jurisdiccional, Amalia Amaya estima que son cinco las virtudes fundamentales que debe poseer un buen juez: imparcialidad, sobriedad, valentía, sabiduría y justicia¹²⁶.

No resulta necesario detenerse a describir las virtudes anteriores, dado que resulta evidente que las excelencias de carácter enunciadas están encaminadas para alcanzar un resultado razonable: son inherentes al juzgador que cuenta con los elementos para dictar sentencias justificadas y realizar así los ideales del Derecho¹²⁷.

Un ejercicio por medio del cual el juez puede incrementar y perfeccionar las virtudes anteriores puede inferirse del pensamiento de la autora estadounidense Martha Nussbaum, para quien todos los problemas (jurídicos, de educación o de cualquier especie) son inéditos, por lo que no puede existir un *código* o *lineamientos* que nos permitan establecer parámetros de actuación. Es decir, cada conciencia en un recto raciocinio, en el cual invariablemente ve involucradas sus emociones, debe ser capaz de encontrar una respuesta adecuada.

Nussbaum, invita a través de la lectura –las novelas, por ejemplo–, a desarrollar la imaginación necesaria para “ponerse en los zapatos ajenos” y entender las complejidades de los conflictos humanos. Después, a través de

¹²⁶ *Idem*, p. 24.

¹²⁷ Este punto recuerda al juez “Hércules” dentro de la teoría de Dworkin; sin embargo conforme a las ideas que se describen en este apartado, no se comparte la idea de la única respuesta correcta, sino de la respuesta más plausible.

ver el mundo por otros ojos, por medio de otro significado, puede humanizarse nuestro pensamiento, potencializando de este modo las virtudes judiciales.

Ahora bien, las emociones también pueden jugar en efecto negativo. Como ejemplo breve para demostrar esto, Nussbaum nos habla del asco, como un sentimiento típicamente irracional, que implica ideas mágicas de contaminación y aspiraciones imposibles de pureza, ajenas a lo que sabemos de la naturaleza humana.

El resultado fueron, en otros tiempos, leyes en contra del homosexualismo y la sodomía, basadas en una política de “repugnancia y vergüenza”. Un esquema similar lo constituyen las nociones feministas, dado que el sexo no introduce diferencias morales o políticas significativas, pues se deben en realidad a construcciones artificiales que no tienen ningún fundamento real.

Por ende, Nussbaum considera que las emociones no son enemigas de la racionalidad, y no se les puede negar, porque éstas son inherentes al hombre. Usadas correctamente, puede crearse una “imaginación literaria” que puede incrementar la capacidad de ver la vida de las personas como lo ve un novelista, es decir, con neutralidad y objetividad.

Por lo anterior, es que el juez tiene la facultad primordial, a final de cuentas, no sólo de aplicar el derecho, sino el deber de perfeccionarlo continuamente. Desde Platón, se tiene presente que la ley jamás podrá abarcar con exactitud lo mejor y más justo para todos a un tiempo. En ese tenor, ejemplos emblemáticos como “*Riggs v. Palmer*” y “Los Guardianes del Muro” en Alemania, descrito en el presente trabajo, hacen patente que la justicia material, fin último del derecho, puede –y debe– hacer retroceder siempre a la norma positiva.

Amaya al respecto comenta: *“Es fundamental para el Estado de Derecho que el poder judicial esté compuesto de jueces virtuosos, de jueces que tienen los rasgos de carácter necesarios para dictar sus sentencias con base en las razones del derecho”*¹²⁸. Jueces que posean los elementos necesarios para que, conscientes de su responsabilidad, contribuyan a la realización de los ideales del Estado de Derecho, máxime que bajo el nuevo esquema de convencionalidad en el que nos encontramos inmersos, en palabras del autor Raúl Montoya, *“el juez se erige en juez del legislador”*¹²⁹.

Para concluir, pareciera que las siguientes citas se dan contestación, y corresponden al sentido de los últimos comentarios aquí vertidos. Por una parte, la autora Amalia Amaya advierte, con razón: *“No hay conjunto de reglas que especifiquen cómo el juez debe reconocer los hechos relevantes, los intereses y valores en juego, o cómo pensar soluciones innovadoras a casos difíciles”*. Y el filósofo Fernando Savater, en su clásico *Ética para Amador*, responde con sencillez, pero gran profundidad: *“Tendremos que aprender a elegir por nosotros mismos”*.

¹²⁸ *Idem*, p. 38.

¹²⁹ Artículo “Hacia un nuevo modelo de control de la constitucionalidad en materia electoral. Retos, perspectivas y algunas propuestas” de Raúl Montoya Zamora. www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/30/dtr/dtr6.pdf

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- ADAME GODDARD, Jorge. *Naturaleza, Persona y Derechos Humanos*. UNAM, 1996.
- ALCARAZ VARÓ, Enrique y HUGHES, Brian. *El español jurídico*. 2ª edición, Ariel, Barcelona, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2001.
- AMAYA NAVARRO, María Amalia. *Virtudes judiciales y argumentación: una aproximación a la ética jurídica*. Serie temas selectos de derecho electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009.
- ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*, 3ª edición, Miguel Ángel Porrúa, 1997.
- ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, 3ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.
- ATIENZA, Manuel. *Tres comentarios a tres sentencias del TEPJF*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009.
- BARAK, Aaron. *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*. SCJN, México, 2008.
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, IJ-UNAM, México, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II Editorial Uthea, 1944.
- CARRANCO, Joel. *Poder Judicial*. Editorial Porrúa, México 2005, Segunda Edición.
- CASTILLO ALVA, José Luis et all. *Razonamiento Judicial interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Ara Editores, Perú, 2006.
- COUTURE, J. Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, 3ª edición Buenos Aires 1974.
- DE BUEN, Néstor. *Derecho Procesal del Trabajo*. 13ª edición. Porrúa, México, 2006.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad, 2ª edición, Buenos Aires, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y sus divergencias de la realidad”, en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. P. Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2005.
- FIX-FIERRO, Héctor. “La eficiencia de la justicia (una aproximación y una propuesta)” en *Cuadernos para la reforma de la justicia*, número 1, UNAM, 1995.
- FUENTES RODRÍGUEZ, Catalina y ALCALDE LARA, Esperanza. *La argumentación lingüística y sus medios de expresión*. Arco-Libros, Madrid, 2007.
- GALINDO SIFUENTES, Ernesto. *Argumentación jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez*. 3ª edición, Porrúa, México, 2010.
- GALVÁN, Flavio. *Derecho procesal electoral mexicano*, 2ª edición, editorial Porrúa, México, 2006.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 56ª edición, Porrúa, México, 2004.
- GUASTINI, Riccardo. “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (editores), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid, Trotta, 2007.
- LUIS VIGO, Rodolfo. *La injusticia extrema no es derecho*, Facultad de Derecho, UBA, Argentina, 2004.
- MONTERO AROCA, Juan *et all*. *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- MONTERO, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 5ª edición, Thomson-Civitas, España, 2007.
- MONTOYA, Raúl. *Nuevo paradigma del control de la constitucionalidad en materia electoral*. Flores Editor y Distribuidor, México, 2012.
- NAGEL, Thomas. *La Última Palabra*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2000.
- NUSSBAUM, Martha C. *Justicia Poética. La imaginación literaria y la vida pública*. Traducción de Carlos Gardini, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997.
- OTERO PARGA, Milagros. *Cuestiones de argumentación jurídica*. Editorial Porrúa, México, 2006.
- OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*, Oxford, 9ª edición, 2003.
- OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso*. 6ª edición, Editorial Oxford, México, 2007.
- PERELMAN, Chaim, citado por ATIENZA, Manuel. “Para una razonable definición de razonable”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 4, 1987.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Derecho Procesal*, 4ª edición, Temis, Bogotá, 2008.
- TARUFFO, Michele. *La Prueba*, Marcial Pons, Filosofía y Derecho, Madrid, 2008.

- TARUFFO, Michele. *Prueba y verdad en el proceso civil*. 1ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- VON KIRCHMANN, J.V. *La jurisprudencia no es ciencia*. 3ª edición, trad. y escrito preliminar de A. Truyol y Serra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

Electrónicas

- Página oficial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
<http://www.te.gob.mx>
- Diccionario Jurídico Mexicano. Consultado a través de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1172>
- Programa “Entre Argumentos”, *Argumentación y derecho*. Transmitido el 26 de mayo de 2011.
http://www.te.gob.mx/inicial/videos/Entre_argumentos.asp
- Programa “Entre Argumentos” *Estado Constitucional de Derecho y Garantismo*. Transmitido el 3 de enero de 2008.
http://www.te.gob.mx/inicial/videos/Entre_argumentos.asp
- Blog “El juego de la Suprema Corte”, *Un corazón congruentemente a la derecha*. Publicado el 24 de mayo de 2010.
<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=262>
- Blog “El juego de la Suprema Corte”, *¿Qué tan largas son las sentencias de la Suprema Corte?* Publicado el 25 de noviembre de 2010,
<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=877>
- Instituto Federal Electoral.
<http://www.votoextranjero.mx/web/guest/resultados>
<http://siceef.ife.org.mx/pef2012/SICEEF2012.html#>
- Artículo “Reflexiones sobre la teoría garantista a la luz de algunas decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación” de Pedro Salazar Ugarte.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2834/38.pdf>
- Artículo “Hacia un nuevo modelo de control de la constitucionalidad en materia electoral. Retos, perspectivas y algunas propuestas” de Raúl Montoya Zamora. www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/30/dtr/dtr6.pdf